المملكة المغربية

محكمة النقض

مجلة

قضاء محكمة النقض

العدد 82

الناشر: محكمة النقض (مرصد الاجتهاد القضائي).
المؤلف: مجلة قضاء محكمة النقض - العدد 82.
الإيداع القانوني: 17/1968
ردمد: 2489-0715
عنوان المراسلة: شارع النخيل – حي الرياض – الرباط (المغرب)
هاتف: 05.37.28.71.26
فاكس: 05.37.71.78.20
البريد الإلكتروني: Rev.cour.cassation@gmail.com
الموقع الإلكتروني: www.courdecassation.ma
الطبع: مطبعة الأمنية – 8، زنقة مولاي رشيد حسان - الرباط.



أمير المؤمنين جلالة الملك محمد السادس نصره الله وأيده

رئيس المجلس الأعلى للسلطة القضائية

تقديم

بسم الله الرحمن الرحيم

إننا لجد سعداء بتقديم هذا الإصدار القضائي المتميز من مجلة محكمة النقض الذي يتضمن جديد اجتهاداتها القضائية في المواد، المدنية، الأحوال الشخصية والميراث، التجارية، الإدارية، الاجتماعية، والجنائية، إضافة إلى دراسات وأبحاث فقهية لقضاة وباحثين وجامعيين بشأن مواضيع متنوعة ذات الصلة بالشأن القانوني والقضائي والحقوقي.

إن الاستقرار السياسي والأمني الذي ينعم به المغرب يقتضي من الجميع كل من موقعه، مزيدا من الدينامية والانخراط الإيجابي في الأوراش الإصلاحية لتعزيز مكانته كقبلة آمنة للاستثمار، وفق ما أعلن عنه صاحب الجلالة الملك محمد السادس حفظه الله وأعز أمره، في رسالته السامية إلى المشاركين في أشغال الدورة الأربعين لاجتماع محافظي البنوك المركزية ومؤسسات النقد في الدول العربية بالرباط يوم الخميس 22 شتنبر 2016، والتي جاء فيها:

" إن ما قمنا به من إصلاحات، وما ينعم به بلدنا، بحمد الله، من استقرار سياسي وأمني، قد مكن المغرب من تعزيز مكانته لدى شركائه الدوليين ووكالات التصنيف

والمستثمرين الأجانب. وما اتفاق خط الوقاية والسيولة الذي تم تجديده مؤخرا للمرة الثالثة مع صندوق النقد الدولي واستمرار التدفقات الهامة من الاستثمارات الأجنبية المباشرة المتأتية في جزء كبير منها من أشقائنا في مجلس التعاون الخليجي إلا انعكاس لهذه الصورة الإيجابية التي يحظى بها المغرب.

إن ما حققناه من منجزات هامة يبعث على الاطمئنان فيما يتعلق بالخيارات التي اعتمدناها في سياستنا الخارجية، ويدعم توجهنا في مواصلة سياسة الانفتاح على منطقتنا وعلى العالم. فقد بلغ عدد البلدان التي تربطنا بها اتفاقيات للتبادل الحر 56 بلدا وعلى رأسها العديد من البلدان العربية الشقيقة ". انتهى النطق الملكي السامي.

لا شك أن الارتقاء دستوريا بالسلطة القضائية إلى سلطة قائمة، والتنصيص على استقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، يعتبر من أهم المكاسب الحقوقية لارتباطه بسيادة القانون وضمان الحقوق والحريات، وترسيخ دولة الحق والمؤسسات، كما أن تعيين أعضاء المجلس الأعلى للسلطة القضائية من طرف صاحب الجلالة الملك محمد السادس حفظه الله يعتبر يوما مضيئا في تاريخ المملكة، ولحظة مفصلية لإرساء سلطة قضائية قوية مستقلة، قادرة بفضل كفاءة ونزاهة قضاتها على تعزيز مكانتها في البناء المؤسسي الوطني، واستثمار كل الإمكانات المتاحة لخدمة المتقاضي وكسب رهان الثقة في منظومة العدالة، وفق حكامة قضائية مواطنة تروم

حماية الحقوق والحريات والتطبيق العادل للقانون وتفعيل قواعد المسؤولية والمحاسبة، وتستحضر آليات النجاعة والتخليق والشفافية والضمير المهني المسؤول.

وفي هذا السياق، فإن محكمة النقض تواصل جهودها بخطى حثيثة لتفعيل الحق في المعلومة القضائية من خلال العمل بتصميم راسخ على نشر قراراتها ذات الصلة بجميع التخصصات من أجل تعميم المعرفة الحقوقية الجادة والثقافة القانونية الهادفة، وجعل القارئ والباحث والمهتم والممارس ورجل القانون على اطلاع دائم بجديد توجهاتها القضائية، باعتبارها نبراسا ومرجعا يهتدى به في الأبحاث العلمية والدراسات القانونية، بما يحقق الأمن القضائي في أسمى صوره، ومختلف تجلياته وكافة أبعاده، ويجسد بالملموس الدينامية الإيجابية لقضائنا في الاجتهاد وإعمال الرأي واستنباط الأحكام، حتى تبقى هذه المؤسسة القضائية العليا صرحا شامخا مضيئا في وطن يسوده التضامن والتعاون والسلم، ويتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة، وتكافؤ الفرص، والعدالة الاجتماعية، ومقومات العيش الكريم، في نطاق التلازم بين الحقوق وواجبات المواطنة، تحت القيادة الحكيمة لمولانا أمير المؤمنين صاحب الجلالة والمهابة الملك محمد السادس دام له العز والتمكين، والنصر والسؤدد والفتح المبين.

مصطفى فارس

الرئيس الأول لمحكمة النقض

الجزء الأول
قرارات الغرفة المدنية

القرار عدد 438
الصادر بتاريخ 25 أكتوبر 2016
في الملف المدني عدد 2015/1/1/3904

شفعة عقار محفظ – أجل سقوطها.

لما كان أجل الشفعة في العقار المحفظ لا يسري إلا بتقييد الشراء في السجل العقاري وابتداء من تاريخ التقييد، وأن أجل الشفعة في العقار غير المحفظ مرتبط بالعلم وتحققه، فإنه بذلك يكون أمام الشفيع في العقار المحفظ أجل 30 يوما من تاريخ تبليغه من طرف المشتري، وفي حالة عدم تبليغه بالبيع يبقى له أجل سنة من تاريخ تقييد بيع الشقص المطلوب استشفاعه في السجل العقاري، أما أجل الأربع سنوات الذي إذا لم يتحقق العلم خلاله بالشراء فيسقط بمضيه حق الشفعة إنما يخص العقار غير المحفظ، وأن المحكمة لما لم تراع هذا التمييز جاء قرارها فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه وخارقا لمقتضيات الفصل 304 من مدونة الحقوق العينية.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، أنه بتاريخ 2013/02/05 تقدمت المدعية نفيسة (س) بمقال أمام المحكمة الابتدائية بطنجة عرضت فيه أنها كانت قد اشترت مع شقيقتها خديجة من والدتهما فاطمة (غ) حظها الذي آل إليها إرثا من شقيقيها حسن وعبد المجيد في العقار ذي الرسم العقاري عدد (...)، إلا أنه بعد وفاة الوالدة المذكورة تقدم شقيقها المدعى عليه الصادق (غ) بطلب تقييد إراثتها بالرسم العقاري المذكور فكان له ذلك، مع أنها فوتت حظها فيه،

ملتمسة لذلك التشطيب على إراثة الهالكة فاطمة (غ) بالرسم العقاري عدد (...) والإذن للمحافظ بتقييد شرائها وشقيقتها لجميع حظ والدهما وأيضا تقييد إراثة الهالكة أختها خديجة (س) لتصبح بذلك المالكة الوحيدة، وأرفقت طلبها برسم شراء ضمن بعدد (...) ص (...) وتاريخ 1994/05/11 وبإراثة الهالكة خديجة (س) عدد (...) ص (...) وتاريخ 2006/04/20 وبصورة نظير الرسم العقاري عدد (...). وفي مذكرة جوابية مع مقال مضاد دفع المدعى عليهما بصورية عقد الشراء المذكور باعتباره ظل طي الكتمان، وبعد ملاحظة أن الحظ المبيع جزء من عقار في الشياع التمسا الحكم بأحقيتهما في استشفاعه، وبتاريخ 2014/06/17 أصدرت المحكمة المذكورة حكمها رقم 1739 في الملف عدد 13/1201/522 في الطلب الأصلي بتعديل التقييدات المسجلة على الرسم العقاري عدد (...) وذلك بالتشطيب على إراثة المرحومة فاطمة (غ) وأمر المحافظ بتقييد شراء المدعية وأختها خديجة وبعد ذلك تقييد إراثة هذه الأخيرة، وفي الطلب المقابل برفضه، **فاستأنفه** المدعى عليهما، **وأيدته محكمة الاستئناف** المذكورة بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض من الطاعنين أعلاه **في الوسيلة الأولى** بخرق قاعدة أضرت بأحد الأطراف ذلك أنه تمت مواجهتهما برسم ظل في الخفاء، وبأنهما لم يعلما بتفويت شقيقتهما لنصيبها في العقار المدعى فيه إلا بعد توصلهما بالاستدعاء وبالتالي لا يمكن مواجهتهما بسقوط الحق **وفي الوسيلة الثالثة** بانعدام التعليل وبعدم الجواب على دفوعات أثيرت بصفة نظامية، ذلك أنهما دفعا أمام محكمة الاستئناف بكون المطعون ضدها لم تسلك الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 304 من مدونة الحقوق العينية، وأضافا بأن أجل الشفعة يبتدئ من تاريخ التسجيل النهائي في الرسم العقاري، إلا أن المحكمة لم تناقش ذلك و لم ترد عليه بمبرر مقبول خارقة بذلك أحكام المادة 304 المذكورة وكذا أحكام الفصل 32 من التشريع المطبق على العقارات المحفظة.

حيث صح ما عابه الطاعنان على القرار، ذلك أنه رد دفعهما بشأن بداية سريان أجل الشفعة في العقار المحفظ بأنه: "بمرور أزيد من أربع سنوات على إبرام عقد الشراء المستدل به من طرف المستأنف عليها، فإن الحق في استشفاع الشقص المبيع يكون قد سقط بمرور المدة استنادا لمقتضيات المادة 304 من مدونة الحقوق العينية". في حين أنه لما كان أجل الشفعة في العقار المحفظ لا يسري إلا بتقييد الشراء في السجل العقاري وابتداء من تاريخ التقييد، وأن أجل الشفعة في العقار غير المحفظ مرتبط بالعلم وتحققه، فإنه بذلك يكون أمام الشفيع في العقار المحفظ أجل 30 يوما من تاريخ تبليغه من طرف المشتري، وفي حالة عدم تبليغه بالبيع يبقى له أجل سنة من تاريخ تقييد بيع الشقص المطلوب استشفاعه في السجل العقاري، أما أجل الأربع سنوات الذي إذا لم يتحقق العلم خلاله بالشراء فيسقط بمضيه حق الشفعة إنما يخص العقار غير المحفظ، وأن المحكمة لما لم تراع هذا التمييز جاء قرارها فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه وخارقا لمقتضيات الفصل 304 المذكور، مما عرضه بالتالي للنقض والإبطال.

لهذه الأسباب

قضت المحكمة بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: محمد اسراج – **رئيسا**. والمستشارين: محمد ناجي شعيب – **مقررا**. ومحمد طاهري جوطي، ومحمد بوزيان، ومحمد شافي – **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد فاكر. وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة بشرى راجي.

القرار عدد 457
الصادر بتاريخ 12 يوليوز 2016
في الملف المدني عدد 2015/2/1/2310

صفة إرثية – ثبوتها ولو قبل تسجيل الإراثة في الرسم العقاري.

إن الصفة الإرثية تثبت بالإراثة ولو قبل تسجيلها في الرسم العقاري. والمحكمة حين اعتبرت أن الرسم العقاري المراد قسمته لازال مسجلا في اسم موروث الطاعنة والذي يعتبر لازال على قيد الحياة مما تنعدم صفتها في التقاضي مادامت لم تبادر إلى تسجيل إراثتها على الرسم العقاري، يكون قرارها مشوبا بفساد التعليل المنزل منزلة انعدامه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

في شأن الوسيلة الثانية:

حيث إن كل قرار يجب أن يكون معللا، وأن فساد التعليل ينزل منزلة انعدامه.

حيث يؤخذ من أوراق الملف، ومن القرار المطعون فيه أن الطاعنة العالية (ل) ادعت بمقال افتتاحي لدى ابتدائية فاس بتاريخ 2000/01/13 أن المرحوم والدها أحمد (ل) توفي في 92/9/15، ومن متروكه الدار رقم (...) الكائنة بـــ (...)، وأن المدعى عليه عبد الله (ل) (أخوها) ظل يستأثر باستغلالها لوحده من غير تمكينها من نصيبها وأكراها للغير، طالبة الحكم عليه بتعويض مسبق قدره 3000 درهم وإجراء خبرة لتحديد واجب الاستغلال بنسبة نصيبها في الفريضة الشرعية وهو الجزء الواحد من ثلاثة أجزاء مع إعداد مشروع قسمة للمتروك وتحديد نصيبها وتمكينها منه وفي حالة تعذر ذلك بيعها بالمزاد العلني وقسمة ثمن

البيع بينهما. أجاب المدعى عليه بأن المدعية لم تدل بأن الهالك هو المالك للبناء المشيد على القطعة الأرضية، وأنه ينكر كون والده هو المالك له. وبعد إجراء خبرة، قضت المحكمة الابتدائية على المدعى عليه بأدائه للمدعية مبلغ 39833 درهما. وإلغاء باقي الطلب بحكم استأنفه المحكوم عليه فألغته محكمة الاستئناف وحكمت بعدم قبول الدعوى بقرارها المطلوب نقضه.

حيث تنعى الطاعنة على القرار عدم الجواب على الدفوع المثارة وعدم مناقشة الحجج المدلى بها وعدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل، ذلك أن المحكمة اعتبرت صفتها منعدمة لعدم تقييد إراثة مورثها في الرسم العقاري المراد قسمته، والحال أن القانون لا يشترط التقييد المذكور، والطاعنة أدلت بإراثة مورثها تثبت صفتها في الادعاء خاصة وأن الوفاة تنتج أثرها بمجرد وقوعها ولو لم يقع إشهارها على الرسم العقاري، والقرار اعتبر صفة الطاعنة منتفية من غير الرد على رسم الإراثة المدلى به.

حقا، حيث إن الصفة الإرثية تثبت بالإراثة ولو قبل تسجيلها في الصك العقاري. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه حين أسست قضاءها على: «أن الرسم العقاري المراد قسمته لازال مسجلا في اسم موروث الطاعنة والذي يعتبر لازال على قيد الحياة مما تنعدم صفتها في التقاضي ما دام لم تبادر إلى تسجيل إراثته على الرسم العقاري»، يكون قرارها مشوبا بفساد التعليل المنزل منزلة انعدامه، وتعين نقضه.

لأجله

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بامي رئيسة والمستشارين السادة: حسن بوشامة مقررا، رشيدة الفلاح، سعيد الروداني وعبد الرحيم سعد الله أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد محمد المرابط وبمساعدة كاتب الضبط السيد محمد الإدريسي.

القرار عدد 567
الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 2016
في الملف المدني عدد 2015/2/1/4521

رهن حيازي – خيار الدائن الوارد في المادة 156 من مدونة الحقوق العينية.

لما كانت الدعوى تتعلق بثمار المرهون حيازيا، فإنه طبقا للمادة 156 من مدونة الحقوق العينية، تكون ثمار الملك المرهون لمالكه، وعلى الدائن أن يتولى جنيها، وله أن يسلمها إلى الراهن، أو يحتفظ بها على أن يخصم ثمنها من رأسمال الدين، والمحكمة بدل مناقشة النزاع في إطار المادة المذكورة، ومطالبة المطلوب في النقض بتحديد الخيار الذي يراه على ضوئها، طبقت نصا قانونيا لا علاقة له بالنقطة مدار النزاع، فجاء تعليلها فاسدا.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه أن المدعين العربي (ش) ومن معه تقدموا إلى ابتدائية الجديدة بتاريخ 2013/01/10 بمقال افتتاحي ادعوا فيه أنهم يملكون على الشياع مع المدعى عليه عبد العزيز (ش) إرثا من والدهم عبد السلام في مطلب التحفيظ عدد (...) موضوع الملك المسمى "..." الكائنة بـــ (...) إقليم الجديدة مساحتها هكتارين و26 آر بحدودها بالمقال، وأن المدعى عليه ومنذ وفاة الموروث انفرد باستغلال العقار لوحده والتمسوا الحكم عليه بأدائه لهم واجباتهم المستحقة لهم شرعا في استغلال العقار المذكور مع إجراء خبرة لتحديد مردودية الأرض وتحديد ما يستحقه كل واحد

حسب نصيبه في الإرث وبأداء المدعى عليه لكل واحد منهم تعويضا مسبقا قدره 5000 درهم وحفظ حقهم في تقديم طلباتهم النهائية. أجاب المدعى عليه بأنه يستغل العقار بمقتضى عقد رهن كان قد أبرمه مع والده سنة 2003 حسب الثابت من عقد الرهن وذلك مقابل 210000 درهم تضاف إليه نسبة 5% سنويا مقابل إصلاح الأرض والتمس رفض الطلب. وبعد إجراء خبرة وتحديد المدعين لطلباتهم قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2013/11/4 في الملف عدد 2013/13 بأداء المدعى عليه للمدعيين العربي (ش) وخديجة (ش) مبلغ 58522 درهم كتعويض عن الحرمان من استغلال نصيبهما في العقار موضوع النزاع عن المدة من 2009/5/12 إلى تاريخ إنجاز الخبرة والإشهاد على تنازل المدعي محمد (ش) لفائدة المدعى عليه. استأنفه المحكوم عليه فألغته محكمة الاستئناف، وقضت برفض الطلب بقرارها المطلوب نقضه.

في شأن الوسيلة الأولى:

حيث يعيب الطاعنان على القرار خرق الفصل 134 من ق.م.م، ذلك أنهما دفعا بأن المقال الاستئنافي قدم خارج الأجل القانوني على اعتبار أن الحكم الابتدائي بلغ للمطلوب في النقض بتاريخ 2014/02/21 حسب ملف التبليغ عدد 2004/347 و لم يرفع استئنافه إلا بعد مرور أكثر من ثلاثة أشهر بعد التبليغ متذرعا بكون التبليغ لم يكن صحيحا لكونه يسكن بالبيضاء وأن من بلغ نيابة عنه هو محمد (ش) أحد المدعين في حين أن شهادة التبليغ تفيد أن التبليغ وقع صحيحا بعنوان المدعى عليه وتم بمقر سكناه وعمله وتوصل عنه شقيقه محمد (ش) الذي كان خصما له ثم تصالح معه أثناء سريان المسطرة ويعمل معه بنفس الأرض والمحكمة لم تتحقق من هذه الوقائع واعتبرت التبليغ غير صحيح بعلة وجود نزاع سابق بين المدعى عليه والشخص الذي توصل نيابة عنه رغم أن النزاع المذكور تم الصلح بشأنه بينهما قبل صدور الحكم المستأنف.

لكن، حيث إن كون المبلغ بالحكم أحد خصوم المبلغ إليه ينفي صحة التبليغ، والمحكمة لما ردت الدفع بالعلة المشار لها بالوسيلة لم تخرق الفصل المحتج بخرقه بصرف النظر عن الصلح الواقع بين المبلغ له، والمطلوب في النقض، خلال جريان الدعوى، والوسيلة غير ذات اعتبار.

في شأن الوسيلة الثانية:

بناء على الفصل 156 من مدونة الحقوق العينية: "تكون ثمار الملك المرهون لمالكه وعلى الدائن أن يتولى جنيها وله أن يسلمها إلى الراهن أو أن يحتفظ بها على أن يخصم ثمنها من رأسمال الدين".

حيث يعيب الطاعنان على القرار خرق الفصلين 1170 و1200 ق.ل.ع وفساد التعليل، ذلك أن محكمة الاستئناف قضت بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض الطلب بعلة: «أنهم خلف خاص للراهن وأن التزام هذا الأخير يسري في مواجهتهم عملا بالفصل 229 من ق.ل.ع وبأن الفصل 1179 من نفس القانون ينص على أن من أنشأ رهنا لا يحق له أن يجري أي فعل من شأنه أن ينقص قيمته عما كان عليه عند إبرام الرهن ولا يمنع من مباشرة الحقوق الناشئة من الرهن لصالح الدائن»، مع أن موضوع الدعوى هو التمكين من مردودية المدعى فيه الذي آل إليهما إرثا والمطلوب في النقض لئن كان دائنا مرتهنا فليس له الحق في الانفراد بمردودية واستغلال الأرض لأن العقار المرهون رهنا حيازيا، وثماره، هما مجرد ضمان لأداء الدين، ولا حق للدائن المرتهن في الاستفادة من الثمار لفائدته الشخصية، وإنما يجب احتسابها لخصمها من أصل الدين.

حقا، حيث إن المحكمة ردت دعوى الطاعنين الرامية إلى الحكم لهما بنصيبيهما في مردود المدعى فيه باعتباره من متروك والدهما بعلة: «أن المدعى فيه مرهون من طرف موروث الطرفين لفائدة المطلوب في النقض بمقتضى عقد 2003/4/27، وبمقتضى الفصل 1173 من ق.ل.ع، فإن من أنشأ رهنا لا يحق له

أن يجري أي فعل من شأنه أن ينقص قيمة المرهون، عما كانت عليه عند إبرام الرهن، ولا أن يمنع من مباشرة الحقوق الناشئة من الرهن لصالح الدائن، والمستأنف عليهما خلف للراهن، والتزامه يسري في مواجهتهم عملا بالفصل 229 من ق.ل.ع، في حين أن الدعوى تتعلق بثمار المرهون حيازيا، ووفق المادة 156 من مدونة الحقوق العينية، تكون ثمار الملك المرهون لمالكه، وعلى الدائن أن يتولى جنيها، وله أن يسلمها إلى الراهن، أو يحتفظ بها على أن يخصم ثمنها من رأسمال الدين، والمحكمة بدل مناقشة النزاع في إطار المادة المذكورة، ومطالبة المطلوب في النقض بتحديد الخيار الذي يراه على ضوئها، طبقت فصلا لا علاقة له بالنقطة مدار النزاع، فجاء تعليلها فاسدا، خارقا للمادة 156 المذكورة، والقرار عرضة للنقض.

لأجله

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بامي **رئيسة** والمستشارين السادة: سعيد الروداني **مقررا**، حسن بوشامة، عبد الرحيم سعد الله وعبد الرحمان انويدر **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد المرابط وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد محمد الإدريسي.

القرار عدد 238
الصادر بتاريخ 29 مارس 2016
في الملف المدني عدد 2015/3/1/5457

قاضي المستعجلات – طرد محتل لعقار محفظ – شروط اختصاصه.

يختص قاضي المستعجلات بطرد محتل العقار المحفظ ولا تُغل يده عن البت في القضية من أجل اتخاذ الإجراء المؤقت المطلوب منه كلما توفر عنصر الاستعجال من خطر حقيقي محدق بالحق المراد حمايته والمحافظة عليه، شريطة ألا يحصل ما من شأنه الفصل في كل ما يتعلق بأصل الحق وهو في سبيل تحقيق مناط اختصاصه له صلاحية تلمس ظاهر المستندات ليستخلص منها أي الطرفين أحق بالحماية وليتوصل على ضوء ذلك إلى اتخاذ الأمر الصائب.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 4242 الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ 2014/12/14 في الملف رقم 1221/12/1690 أن المدعين محمد (ع) ومن معه ادعوا في مقالهم أمام رئيس المحكمة الابتدائية بميدلت بصفته قاضيا للمستعجلات أنهم يملكون العقار المسمى "..." ذا الرسم العقاري عدد (...) الكائن بقيادة (...) ميدلت جماعة (...) المحل المدعو "..." تبلغ مساحته هكتارا واحدا و35 آرا و72 سنتيارا، وأن المدعى عليه موحى (ع) احتل جزء منه من جهة الشرق بمساحة قدرها 3 أمتار وفتح بابا على ملكهم وذلك دون سند ولا قانون، طالبين إصدار أمر بطرده وإرجاع الأنصاب إلى مكانها. وأجاب المدعى عليه أنه شيد حائطه وبابه في ملكه منذ مدة تزيد

عن 15 سنة ولا يتصرف إلا في حدود ملكه المحفظ وينعدم عنصر الاستعجال ولا يختص لذلك قاضي المستعجلات طالبا التصريح بعدم الاختصاص. وبعد تمام المناقشة، أصدر قاضي المستعجلات أمرا بإفراغ المدعى عليه وإرجاع العلامات إلى مكانها فاستأنفه المحكوم عليه متمسكا بما أثاره ابتدائيا وأن رسمه العقاري يشمل جميع ملكه الذي يتصرف فيه ولم يتأكد قاضي المستعجلات من مدى شمول الجزء المتنازع عليه برسمه وأن ذلك يشكل منازعة جدية لا تجعله مختصا للبت في النزاع طالبا إلغاء الأمر المستأنف والحكم من جديد بعدم الاختصاص واحتياطيا إصدار أمر بإجراء خبرة لتطبيق رسمه العقاري رقم (...). وأجاب المستأنف عليهم أنهم بصدد تجزئة عقارهم وعرقل مشروعهم الحائط المقام داخل ملكهم من طرف المستأنف وأن ما استدلوا به من مستندات وحجج يستفاد منها احتلال جزء من ملكهم المحفظ من طرف المستأنف وإقامة حائط فيه طالبين تأييد الأمر المستأنف. وبعد أمر المحكمة بإجراء خبرة وإنجازها وتمام المناقشة، قضت بتأييد الأمر المستأنف وهذا هو القرار المطلوب نقضه.

في شأن الوسيلتين الأولى والثالثة مجتمعتين:

حيث يعيب الطالب على القرار خرق القانون الفصلين 149 و154 (والصحيح 152) من قانون المسطرة المدنية وخرق قواعد الاختصاص النوعي، ذلك أن الطلب في الدعوى انصب على الطرد لاحتلال الجزء من العقار المدعى فيه وإرجاع الأنصاب إلى مكانها وهو ما يقتضي ثبوت هذا الاحتلال ماديا، الشيء الذي ثبت عكسه من وثائقه فلا يحتل إلا ملكه ورد المحكمة لوثائقه فيه مساس بأصل الحق الذي لا يجوز لها وتحديد الجزء المدعى الترامي عليه يحتاج إلى قياسه وذلك مساس أيضا بالجوهر، وبحث مسألة وجود الأنصاب في مكانها هو أيضا من شأنه المساس بأصل الحق، والمحكمة قامت بالترجيح بين حجج الطرفين وأجرت خبرة، وتمسك أمامها بوجوده في حدود رسمه العقاري رقم (...) وبنائه في أرضه المأذون له به بترخيص إداري، وفضلا عن ذلك فإن تشييد هذا

البناء مر عليه أزيد من 20 سنة الشيء الذي يدل على انتفاء الاستعجال في القضية ولا يختص قاضي المستعجلات في دعوى رفع الضرر، و لم تبحث المحكمة ولو عن طريق تلمس ظاهر مستنداته ما إذا كان لا يتصرف إلا في ملكه واكتفت بوثائق المطلوبين لأن من شأن نظرها وثائقه أيضا أن تتبين المنازعة الجدية التي تمنع اختصاصها.

لكن، حيث إن قاضي المستعجلات يختص بطرد محتل العقار المحفظ ولا تُغل يده عن البت في القضية من أجل اتخاذ الإجراء المؤقت المطلوب منه كلما توفر عنصر الاستعجال من خطر حقيقي محدق بالحق المراد حمايته والمحافظة عليه المستلزم لدرئه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي، شريطة أن لا يحصل ما من شأنه الفصل في كل ما يتعلق بأصل الحق وهو في سبيل تحقيق مناط اختصاصه له صلاحية تلمس ظاهر المستندات ليستخلص منها أي الطرفين أحق بالحماية وليتوصل على ضوء ذلك إلى اتخاذ الأمر الصائب. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه وهي تبت في القضية بصفة استعجالية تبين لها من ظاهر مستندات الطرفين التي بحثتها واستخلصت منها العناصر التي تجيز لها اختصاصها من عنصر الاستعجال المستفاد من وقوع الاحتلال الخالي من السند ومن أي حق يبرره بالنظر إلى وقوعه على ملك محفظ لا يحتمل الجدل في تعيين صاحب الحق فيه ومن جواز بتها لاتخاذ التدبير المطلوب منها في الدعوى لِما استشفت من ظاهر المستندات المدلى بها من الطرفين بأن لا وجود لحقوق متنازع عليها حقيقة وأن وضع الطالب محض احتلال بدون سند، فأيدت الأمر الابتدائي القاضي بالإفراغ وإعادة العلامات إلى مكانها تكون قد بررت قضاءها بأسبابه السائغة قانونا و لم تخرق أي مقتضى قانوني مما استدل به الطالب وعللت قرارها تعليلا كافيا وما بالوسيلتين غير مؤسس.

وفيما يخص الوسيلة الثانية:

حيث يعيب الطالب على القرار خرق الاختصاص النوعي، ذلك أن الأمر الذي أيدته المحكمة مصدرته القاضي بإفراغه وإرجاع العلامات إلى مكانها يعتبر

بمثابة حكم بإلغاء القرار الإداري المتعلق برخصة البناء الممنوحة له وهو ما يعني أن قاضي المستعجلات تجاوز اختصاصه إلى اختصاص المحكمة الإدارية.

لكن، حيث إن التراخيص التي تصدر عن السلطات المختصة بإقامة البناءات والمحلات – تضر بالغير – ومن ذلك البناءات المقامة في ملك يخص هذا الغير قطعا، وهو ما يستشف مما اعتمدته المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه من ظاهر الرسم العقاري المحتج به من طرف المطلوبين – لا تحول دون الحق في مباشرة الدعاوى من طرف المعنيين ولا يتضمن الأمر الابتدائي المؤيد بالقرار المطعون فيه إلغاء لرخصة البناء الممنوحة للطالب وهو ما يعني أن عدم التجاوز عن الاختصاص في إطار قضاء المستعجلات طبقا للفصلين 149 و152 من ق.م.م التزمت به المحكمة و لم تخرق اختصاص المحكمة الإدارية والوسيلة بدون أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد الحنافي المساعدي **رئيسا** والمستشارين السادة: محمد بن يعيش **مقررا** – سمية يعقوبي خبيزة – عبد الهادي الأمين – مصطفى بركاشة **أعضاء** بحضور **المحامي العام** السيد سعيد زياد وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاتحة آيت عمي حدو.

القرار عدد 380
الصادر بتاريخ 05يوليوز 2016
في الملف المدني عدد 2014/4/1/1931

شفعة عقار محفظ – العبرة بتاريخ التقييد وليس تاريخ الإيداع.

من القواعد المقررة أن من انعقد له سبب التمليك لا يعد مالكا إلا بما يتحقق معه الملك، ولما كان الإيداع طلبا لتقييد الحقوق بالرسوم العقارية محلها، لا يعدو أن يكون سببا للتمليك، ولا يتحقق الملك إلا بالتقييد ابتداء من تاريخه، فإن المحكمة حين اعتبرت تاريخ إيداع المطلوب لعقد شرائه بسجل الإيداع بداية انطلاق أجل الشفعة رغم أن تقييد الشراء لم يتم إلا بتاريخ لاحق له، وقضت تبعا لذلك بعدم قبولها لفوات أجلها، تكون قد بنت قرارها على غير أساس.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

من حيث الشكل:

حيث دفع المطلوب بعدم قبول الطلب شكلا لعدم إدخال المحافظ على الأملاك العقارية لتعلق موضوعه بعقار محفظ.

وحيث إنه لا وجه قانونا لإدخال المحافظ على الأملاك العقارية في دعوى شفعة، وإن تعلقت بعقار محفظ، لذلك يبقى الدفع غير مؤسس.

من حيث الموضوع:

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه أن الطاعن تقدم أمام المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2007/06/13، بمقال عرض فيه أنه من

المالكين على الشياع في العقار محل الرسم العقاري عدد (...)، وأن إحدى المالكات معه: مينة (ر)، باعت للمطلوب جميع أسهمها، بمقتضى عقد مصادق على توقيعه في 1989/06/28، وأنه طلبا للشفعة، سلك مسلكها بالعرض في إبانه والإيداع بموجبه، لذلك التمس الحكم له بشفعة جميع الأسهم التي اشتراها المطلوب، بعد المصادقة على العرض العيني، وأمر المحافظ بتسجيل ذلك بالرسم العقاري، فأجاب المطلوب بأنه اشترى العقار بتاريخ 1989/06/28 وسجل الشراء بنفس السنة، لذلك فإن طلب الشفعة كان خارج الأجل، وعقب الطاعن بأن المطلوب لم يقيد شراءه نهائيا سنة 1989 وإنما سجله على سبيل الإيداع إلى حين تحقق المحافظ من وضعية العقار، وأن التقييد الفعلي كان في 2006/07/19. وبعد انتهاء الأجوبة والردود، أصدرت المحكمة الابتدائية حكما بتاريخ 2009/05/25 تحت رقم 700 في الملف رقم 07/09/908 "بعدم قبول الدعوى"؛ استأنفه الطاعن مصمما على طلبه، وبعد استنفاد أوجه الدفع والدفاع قضت محكمة الاستئناف "بتأييد الحكم المستأنف"، وهو القرار المطعون فيه بمقال تضمن خمس وسائل، فأجاب عنه المطلوب بملتمس عدم قبول الطلب شكلا وبرفضه موضوعا.

في الوسيلة الأولى:

حيث إن مما يعيبه الطاعن على القرار انعدام الأساس القانوني، ذلك أن الفصل 76 من قانون التحفيظ العقاري يقضي بأن غرض إيداع الشراء بالمحافظة العقارية هو اعتبار تاريخه بعد أن يتحقق المحافظ العقاري من وضعية العقار والوثائق المبررة لطلب التقييد وعدم معارضتها لما ضمن بالرسم العقاري من تقييدات سابقة، والمطلوب لم يثبت التقييد النهائي لشرائه قبل تاريخ 2006/07/09، لوجود تقييد احتياطي كان يمنعه من ذلك، ومن هذا التاريخ بدأ سريان أجل الشفعة، لذلك فالقرار حاد عن هذا المقتضى فاستوجب النقض.

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه من القواعد المقررة أن من انعقد له سبب التمليك لا يعد مالكا إلا بما يتحقق معه الملك، ولما كان

الإيداع طلبا لتقييد الحقوق بالرسوم العقارية محلها، لا يعدو أن يكون سببا للتمليك، ولا يتحقق الملك إلا بالتقييد ابتداء من تاريخه، فإن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما اعتبرت تاريخ إيداع المطلوب لعقد شرائه بسجل الإيداع بتاريخ 1989/06/28 بداية انطلاق أجل الشفعة رغم أن تقييد الشراء لم يتم إلا بتاريخ 2006/07/19، وقضت تبعا لذلك بعدم قبولها لفوات أجلها، تكون قد بنت قرارها على غير أساس، فعرضته للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبهذا صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد حسن منصف رئيسا والمستشارين السادة: عبد السلام بترروع مقررا، وعبد الواحد جمالي الإدريسي ونادية الكاعم ومصطفى نعيم أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد نور الدين الشطبي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة ابتسام الزواغي.

القرار عدد 518
الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2016
في الملف المدني عدد 2016/4/1/2280

دعوى استحقاق عقار – العبرة بحدود العقار.

من المقرر أن العقار يعرف بحدوده، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لديها أن المدعى فيه واحد بالنظر إلى حدوده غير المتنازع فيها، وإن اختلف ترقيمه بين الطرفين، وقضت بتأييد الحكم القاضي باستحقاق المطلوبين له وفق الحدود رفعا للجهالة به، تكون قد أقامت قضاءها على أساس من القانون، ولم تكن ملزمة بإجراء أي تحقيق طالما توافر لديها عماد قضائها.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يوخذ من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه أن المطلوبتين تقدمتا أمام المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 2012/07/29 بمقال تعرضان فيه أنهما وارثتان في المتوفى علي (و) بنصف الدار الكائنة بفرن "..." رقم (...) مكناس، لذلك التمستا الحكم باستحقاقه وإفراغه من الطاعنين، وأرفقتا بمقالهما صورة من شراء عدد (...) وأخرى لملكية عدد (...) ومثلها للإراثات عدد (...) و(...) و(...)، ولم يجب الطاعنان فأنهت المحكمة الإجراءات بإصدارها في 2013/07/02 حكما تحت عدد 1898 في الملف 5/1567ج/2012 "باستحقاق المدعيتين لطيفة (ب) وخديجة (ب) نصف الدار الكائنة بفران "..." رقم (...) مكناس، المحاورة قبلة دار الحاج حم (د) ويمينا دار احمد (ز) ويسارا وغربا الطريق، ذات المساحة 8 أمتارا طولا و6 أمتار و70 سنتيما، مع الحكم على

المدعى عليهم بإفراغهم من العقار المذكور هم أو من يقوم مقامهم أو بإذنهم ومن أمتعتهم"، استأنفه الطاعنون أصليا على أساس عدم ثبوت واقعة احتلالهم العقار المتنازع فيه، والمطلوبين فرعيا على أساس أن رقم الدار المتنازع فيها هو 4 بدلا من 6، وبعد إجراء بحث واستنفاد أوجه الدفع والدفاع، أصدرت محكمة الاستئناف قرارا "بتأييد الحكم المستأنف"، وهو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال تضمن **وسيلة وحيدة**، واستدعيت المطلوبتان و لم تجيبا.

في الوسيلة الوحيدة:

حيث يعيب الطاعنون القرار بنقصان التعليل المنزل منزلة انعدامه، ذلك أنه اعتمد على رسم ملكية لا ينطبق على محل النزاع حسب خبرة سابقة أنجزها الخبير عبد الحي (ك)، كما أن رقمها 4 كما ورد بالمقال، لا ينطبق على دار الطاعنين ذات الرقم (...)، وهناك حكم سابق صدر لفائدة والدة المطلوبتين سنة 1994 حول السومة الكرائية، يشير إلى الدار بالرقم (...)، والمحكمة لم تجب عن دفوع الطاعنين في هذا الخصوص ولم تأمر بخبرة للوقوف على حدود رسم الملكية وانطباقه على العقار المتنازع فيه، فاستوجب قرارها النقض.

لكن، حيث إن العقار يعرف بحدوده، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لديها أن المدعى فيه واحد بالنظر إلى حدوده غير المتنازع فيها، وإن اختلف ترقيمه بين الطرفين، وقضت بتأييد الحكم القاضي باستحقاق المطلوبين له وفق الحدود رفعا للجهالة به، تكون قد أقامت قضاءها على أساس من القانون، و لم تكن ملزمة بإجراء أي تحقيق طالما توافر لديها عماد قضائها، فكان ما بالوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبهذا صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة

من رئيس الغرفة السيد حسن منصف **رئيسا** والمستشارين السادة: عبد السلام بنزروع **مقررا**، ونادية الكاعم ومصطفى نعيم والمصطفى النوري **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد نور الدين الشطبي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة ابتسام الزواغي.

القرار عدد 321
الصادر بتاريخ 24 ماي 2016
في الملف المدني عدد 2014/6/1/2958

إشعار بالإفراغ للاحتياج – تبليغه للمكتري بالعين المكراة بواسطة مطلقته – تعيين العين المكراة كموطن مختار – أثره.

بمقتضى الفصل 524 من قانون المسطرة المدنية: "يرجح الموطن المختار الخاص بتنفيذ بعض الإجراءات وإنجاز أعمال والتزامات ناشئة عنها على الموطن الحقيقي والموطن القانوني". ولما كان المكتري قد عين موطنه المختار بالعين المذكورة بعقد الكراء الذي أبرم بعد وقوع الطلاق مع مطلقته، فإن المحكمة حين استبعدت الإشعار بالإفراغ للاحتياج الذي بلغ إليه بواسطة مطلقته التي تتواجد بنفس العين المكراة، يكون قرارها ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، أنه بتاريخ 2011/6/8 قدمت مجدولين (غ) ونجية (غ) مقالا إلى المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، عرضتا فيه أن المدعية الأولى وكلت المدعية الثانية في كراء الشقة رقم (...) الكائنة بـــ (...) الدار البيضاء ذات الرسم العقاري عدد (...) للمدعى عليه حلال (ب) شهرية قدرها 3120 درهم، وأنها بعثت إلى المدعى عليه إشعارا من أجل الإفراغ للاحتياج لكونها تقطن بفرنسا وليس لها سكن آخر بالمغرب تقيم فيه عند زيارتها له باستمرار رفقة زوجها وابنها، كما أن المدعى عليه امتنع عن أداء الكراء منذ

فاتح غشت 2010 رغم إنذاره إضافة إلى مغادرته الشقة بصفة نهائية وتنازله عنها لفائدة ليلى (أ) دون موافقتها طالبتين الحكم عليه بإفراغ العين المكراة هو ومن يقوم مقامه تحت طائلة أدائه مبلغ 500 درهم عن كل يوم تأخير وبأداء كراء المدة من 2010/8/1 إلى تاريخ الإفراغ مع الفوائد القانونية. وأجاب المدعى عليه بأنه لما تعذر عليه الأداء، لكون المدعية غيرت عنوانها اضطر إلى إيداعه بصندوق المحكمة، وأن ليلى (أ) كانت زوجته وبعد تطليقها قررت المحكمة بقاء المحضونين بسكناهما وبالتالي فهذا لا يعتبر تخليا وبخصوص الاحتياج فإنها لم تدل بما يفيد عدم تملكها لمسكن آخر بل أنها تملك فيلا بناحية الدار البيضاء. وبتاريخ 2012/3/28 أصدرت المحكمة في الملف عدد 2011/22/2922 حكما قضى بالإشهاد بإيداع المدعى عليه مبلغ 21840 درهم كراء المدة من غشت 2010 إلى فبراير 2011، مع الإذن للمدعي بسحبه وبأدائه مبلغ 21840 درهم كراء الفترة ما بين مارس 2011 إلى يونيو 2011 حسب مشاهرة قدرها 3120 درهم، وبإفراغه من العين المكراة تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 50 درهم عن كل يوم تأخير ابتداء من تاريخ الامتناع عن التنفيذ. استأنفه المحكوم عليه أصليا واستأنفته المدعيتان فرعيا فألغته محكمة الاستئناف جزئيا فيما قضى به من إفراغ ومن غرامة، والحكم من جديد بعدم قبول الطلب بشأنهما وتأييده في الباقي بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض من طرف المستأنفتين فرعيا **في الفرع الثالث من الوسيلة الأولى والوسيلة الثانية** بانعدام التعليل وخرق القانون وعدم الارتكاز على أساس قانوني، ذلك أن المحكمة لم تجب عن الدفع بتولية العين المكراة والثابت من خلال شهادة سكنى المطلوب التي تضمنت سكنه بعنوان آخر وأن تهيئ مسكن لفائدة المحضون لا يعني تولية الشقة لفائدة المطلقة دون مراعاة حقوق المكري، سيما وأن عقد الكراء له طابع شخصي وأن المحضونين سحر وكريم كان سنهما على التوالي بتاريخ صدور القرار المطعون فيه 21 و18 سنة وأن رسم الطلاق المؤرخ في 9 أكتوبر 2006 لا ينص سوى على نفقة الابنين

وقدرها 3000 درهم وأن القرار المطعون فيه اعتبر أن الإشعار بالإفراغ لا يمكنه أن ينتج آثاره لكونه بلغ إلى خادمة مطلقة المطلوب و لم يبلغ إليه بمحل إقامته طبقا للفصل 38 من قانون المسطرة المدنية، مع أن هذا التبليغ تم طبقا لمقتضيات القانون رقم 80-41 المتعلق بإحداث هيئة للأعوان القضائيين وليس بناء على مقتضيات الفصول 37 و38 و39 من قانون المسطرة المدنية، ثم إن المطلوب عين موطنه بالشقة المكراة له في كل ما يخص عقد الكراء وأن المحكمة اعتبرت أن مليكة (ح) أجيرة لدى ليلى (أ) دون اعتمادها على أية وسيلة إثبات.

حيث صح ما عابته الطاعنتان على القرار، ذلك أنه علل قضاءه: "بأن الثابت من وثائق الملف، أن الطاعن بلغ بواسطة مليكة (ح) مستخدمة بالعنوان محل النزاع وبأن الطاعن نازع في التبليغ أعلاه على أساس أن الخادمة أعلاه هي خادمة مطلقته وليست خادمة له وأنه يسكن بمحل آخر وأن الطاعن أدلى برسم طلاق عدد (...) صحيفة (...) كناش عدد (...) بتاريخ 2006/10/9 وكذا شواهد سكنى لأبنائه البالغين المؤجرة، مما يفيد أنه لم يبلغ بمحل إقامته أو موطنه طبقا لمقتضيات الفصل 38 من قانون المسطرة المدنية ما دام أدلى بشهادة سكنى تفيد تواجده بعنوان آخر غير العنوان الخاص بمحل النزاع وما دام أن الطلاق ثابت بينه وبين السيدة ليلى (أ) وأن عدم ثبوت تبليغ الطاعن بالإنذار يجعل هذا الإنذار كأن لم يكن، وبالتالي لا يمكن ترتيب أي آثار قانونية عليه، وبالتالي ينبغي إلغاء الحكم جزئيا فيما قضى به من إفراغ والحكم من جديد بعدم قبول الطلب بصدده، في حين أنه بمقتضى الفصل 524 من قانون المسطرة المدنية يرجح الموطن المختار الخاص بتنفيذ بعض الإجراءات وإنجاز أعمال والتزامات ناشئة عنها على الموطن الحقيقي والموطن القانوني. وأنه يتجلى من وثائق الملف أن الدعوى ترمي إلى الإفراغ بسبب المطل في الأداء والتخلي عن العين المكراة لفائدة الغير وللاحتياج إليها من طرف المكرية وأن رسم الطلاق عدد (...)

صحيفة (...) يفيد أن المطلوب طلق زوجته ليلى (أ) بتاريخ 2006/10/2 وأن عقد الكراء مع الطاعنة أبرم بتاريخ 2007/4/19 ونص في بنده الخامس على أن المطلوب عين موطنه بالعين المكراة في كل ما يخص تنفيذ عقد الكراء وأن الإنذار بأداء الكراء عن المدة من فاتح غشت 2010 إلى فاتح فبراير 2011 وكذا الإشعار بالإفراغ للاحتياج بلغا إلى المطلوب بالعين المكراة بواسطة مليكة (ح) الأول بتاريخ 2011/4/6 والثاني بتاريخ 2010/10/18، وأن شهادة السكنى رقم 9010 التي تشير إلى أنه يقطن بعين الشق زنقة (...) رقم (...) مؤرخة في 2011/12/2 ولا تتضمن مدة سكناه بهذا العنوان. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما استندت إلى الطلاق الواقع بين المطلوب والطاعنة وإلى شواهد سكنى الأبناء التي تضمنت عنوان العين المكراة، وشهادة سكنى المطلوب التي تفيد أنه يقطن بعنوان آخر واعتبرت أن الإنذار بالأداء والإشعار بالإفراغ لم يبلغا إليه بعنوانه ولم ترتب عليهما أي أثر قانوني مع أن المطلوب عين موطنه المختار بعقد الكراء الذي أبرم بعد وقوع الطلاق وأن شهادة سكناه تحمل تاريخا لاحقا لتاريخ التبليغ بالإنذار والإشعار ولا تشير إلى مدة سكناه بالعنوان الجديد وأنه كان على المحكمة التأكد من صحة تبليغ الإنذار والإشعار على ضوء العناصر المذكورة، وعند الاقتضاء إجراء تحقيق في الدعوى، وأنها لما لم تفعل وألغت الحكم المستأنف فيما قضى به من إفراغ دون أن تناقش واقعة التخلي عن العين المكراة التي استند عليها كذلك الحكم المذكور في قضائه، جاء قرارها ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه مما عرضه للنقض والإبطال.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه، في قاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد عثماني **رئيسا** والسادة المستشارين: سعيد أملو **مقررا** وعبد الحق بن العكوش ومليحة الإمام وعبد الحكيم العلام **أعضاء** وبحضور **المحامي العام** السيد عبد الله ابلق وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة وفاء سليطان.

القرار عدد 399
الصادر بتاريخ 19 يوليوز 2016
في الملف المدني عدد 2016/8/1/785

تصحيح المسطرة – وجوب الإنذار من طرف المحكمة.

إن نعي الحكم الابتدائي على الطاعنين أن ما أدلوا به من وثائق ليس فيها ما يثبت ارتباطها وتعلقها بهم لا يعفي محكمة الاستئناف من إنذارهم طبقا للفصل الأول من قانون المسطرة المدنية لتعلقه بالنظام العام.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، أنه بمقتضى مطلب تحفيظ قيد بالمحافظة العقارية بمراكش المنارة تحت عدد (...) والتي حلت محلها المحافظة العقارية بشيشاوة، طلب محمد (ح) ومن معه (ثلاثة أشخاص) تحفيظ الملك المسمى "..." الكائن بدوار (...) إقليم شيشاوة، المحددة مساحته في هكتار واحد وآر واحد و40 سنتيارا، بصفتهم مالكين له حسب رسم الاستمرار عدد (...) المؤرخ في 1995/11/25. فوردت على المطلب المذكور ثلاثة تعرضات منها التعرض خارج الأجل بقرار من السيد وكيل الملك، المقيد بتاريخ 2008/02/11 بالجزء 1 عدد 185 والصادر عن ورثة أحمد (أ) وورثة الحسن (س) وورثة ربيعة (أ) وورثة علي (أ) مطالبين بكافة الملك لتملكهم له حسب رسم تعريف بلفيفية استمرار مضمن تحت عدد (...) بتاريخ 1985/11/20 وإراثة (أ) (بدون مراجع تضمين). وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية بإمنتانوت، أصدرت بتاريخ 2013/05/08 في حكمها عدد 71 الصادر في الملف رقم 2012/18 بعدم

صحة التعرض المذكور، فاستأنفه المتعرضون، وأيدته محكمة الاستئناف بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض أعلاه من المستأنفين بوسيلتين.

في الوسيلة المثارة تلقائيا من طرف محكمة النقض لتعلقها بالنظام العام:

حيث إنه طبقا للفصل الأول من قانون المسطرة المدنية يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده.

وحيث إن القرار المطعون فيه علل قضاءه بأن: "المستأنفين وإن أدلوا تأييدا لتعرضهم على مطلب التحفيظ ودعما لاستئنافهم بصورة طبق الأصل لرسم تعريف مضمن بعدد (...) صحيفة (...) من الكناش الثاني رقم (...) وتاريخ 1988/11/20 توثيق شيشاوة للفيفية استمرار تصرف مستجمعة لشروط الملك الخمسة المعتبرة شرعا لإثبات التملك...، كما أدلوا بوثيقة معرفة وبتعريفها المضمن تحت عدد (...) صحيفة (...) من الكناش الثاني رقم (...) وتاريخ 1985/11/20 إراثة المرحوم ابريك (ب) يشهد شهودها بأنه مات وأحاط بإرثه ولده من صلبه عمر (ب) لا وارث له سواه في علمهم...، فإنهم لم يثبتوا بمقبول شرعا وقانونا علاقتهم بهاتين الوثيقتين الشيء الذي لم تر معه المحكمة فائدة في إجراء أي من إجراءات التحقيق ما دام أن المدعي هو المكلف بإثبات دعواه وعلى المحكمة لزوم الحياد الإيجابي لأنها لا تصنع للخصم حجته، وأن المستأنفين وهم من يوجد في مركز المدعي لم يتداركوا هذا النقص حتى في هذه المرحلة الاستئنافية، وقد عيب عليهم هذا النقص منذ المرحلة الابتدائية لذا فوسائل استئنافهم غير نائلة من صوابية الحكم المستأنف الشيء المتعين معه تأييده". في حين أن نعي الحكم الابتدائي على الطاعنين أن ما أدلوا به من وثائق ليس فيها ما يثبت ارتباطها وتعلقها بهم لا يعفي محكمة الاستئناف من إنذارهم طبقا للفصل الأول المشار إليه أعلاه لتعلقه بالنظام العام، وإذ لم تفعل فقد جاء قرارها خارقا للفصل المذكور ومعرضا بالتالي للنقض والإبطال.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: العربي العلوي اليوسفي رئيس الغرفة – **رئيسا**. والمستشارين: جمال السنوسي – **مقررا**. وأحمد دحمان ومصطفى زروقي والمعطي الجبوجي **أعضاء**. وبمحضر **المحامية العامة** السيدة لبنى الوزاني وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة أسماء القوش.

القرار عدد 410
الصادر بتاريخ 26 يوليوز 2016
في الملف المدني عدد 2016/8/1/104

تعرض على مطلب تحفيظ – ادعاء المتعرض بأنه هو الحائز – وجوب تطبيق حجج الطرفين على المدعى فيه والتأكد من الحيازة.

لما تمسك المتعرض بأنه هو الحائز للمدعى فيه، وبأن العقار المبيع لطالبة التحفيظ ليس هو العقار محل المطلب واستدل على ذلك بتصريحات البائعين لسلف طالبة التحفيظ أثناء المعاينة، وأن ثبوت الحيازة المذكورة من شأنه قلب عبء الإثبات على طالبة التحفيظ ومناقشة حججها، فإن المحكمة حينما لم ترد على ذلك، ولم تتخذ التدابير التكميلية للتحقيق في الدعوى وفق ما هو منصوص عليه في الفصل 43 من قانون التحفيظ العقاري بالوقوف على عقار النزاع وتطبيق حجج الطرفين على المدعى فيه والتأكد من الحيازة، يكون قرارها ناقص التعليل.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، أنه بمقتضى مطلب تحفيظ قيد بالمحافظة العقارية بتزنيت بتاريخ 2007/11/28 تحت عدد (...)، طلبت أمينة (أ) تحفيظ الملك المسمى "..." وهو عبارة عن أرض عارية، الواقع بالمحل المدعو "..." جماعة وقيادة مير اللفت دائرة سيدي إيفني، والمحددة مساحته في 04 آرات و56 سنتيارا، بصفتها مالكة له حسب الشراء المضمن أصله (...) صحيفة (...) المؤرخ في 2001/03/29 من البائع لها محمد (ب). وقد ورد على المطلب المذكور

تعرضان أحدهما كلي قيده المحافظ على الأملاك العقارية بتاريخ 2009/12/08 (كناش ... عدد ...) والصادر عن الحسن (ز) مطالبا بكافة الملك.

وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية بتزنيت، أدلى المتعرض بمذكرة أكد فيها أن العقار محل النزاع آل إليه عن طريق الإرث من جده سيدي الحسين (ب) الذي كان يتملكه بعقد الشراء المؤرخ سنة 1959 وأدلى بإراثة جده البشير (ب) عدد (...) صحيفة (...) المؤرخة في 1990/12/20، وبنسخة من عقد الشراء المذكور والمضمن أصله بعدد (...) صحيفة (...) اشترى بموجبه الحسين (م) جميع حظ البائعين له الحاج إبراهيم (ب) وأخوه عبد الله وعلي (ب) وعبد الله (ب) وعلي (ب) في الفدان الذي ورثته جدهم من ملك أبيها سيدي إبراهيم (ب)، وبإراثة الحسين (ب) المضمن أصلها بعدد (...) بتاريخ 1959/05/20، وإراثة الحسن (ز) عدد 475 المؤرخة في 1981/08/26، وبعقد قسمة عرفي مصحح الإمضاء بتاريخ 2006/05/28 بين ورثة جده وأنه اختص بالقطعة موضوع التعرض بموجب القسمة المذكورة، وبعد إجراء المحكمة معاينة، أصدرت حكمها عدد (...) بتاريخ 2013/05/07 في الملف رقم 2010/83 بعدم صحة التعرض المذكور، فاستأنفه المتعرض، وبعد إجراء محكمة الاستئناف خبرة بواسطة الخبير الطويب (ح) قضت بتأييد الحكم المستأنف، وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض أعلاه من المستأنف في **الوسيلة الفريدة** بانعدام التعليل، ذلك أنه علل بأن: "المحكمة بعد دراستها لوثائق الملف ومستندات الطرفين وقراءتها لما أسفرت عنه المعاينة المنجزة ابتدائيا خلصت إلى أن الأسباب المرصودة للطعن ودفوع المستأنف بعد الخبرة لا تأثير لها على الحكم المستأنف ومسار النزاع، ولا مبرر لإجراء الخبرة بحضوره أو أي تدبير تكميلي آخر لتحقيق الدعوى، لأنه لا يدعي أية علاقة له بالبائعين لسلف طالبة التحفيظ التي انصب مطلبها على قطعة أرضية مقتطعة من أرض البائع لها محمد (ب) بمساحة وحدود معلومة ومفرزة، ولا ينفعه ادعاء الحيازة أو نسبة الملك للجد الأعلى

الحسين (م)، لأن الثابت من محضر المعاينة أن موضوع مطلب التحفيظ لا علاقة له بالنصيب الذي آل إليه بالقسمة بدليل أن وعاء تعرضه حدده في مكان يبعد عن علامة التحديد (...) في اتجاه (...) بحوالي 3,25 مترا، وبالتالي لا مجال لادعاء تجاوز الحدود والاعتراض على عملية التحفيظ، وأن إقرار المتعرض بوجود حدود ملكه بعيدة عن علامات تحديد أرض المطلب يجعل تعرضه غير مبرر"، غير أن الثابت من محضر المعاينة المنجز خلال المرحلة الابتدائية أن الطاعن وقف بأمر من المحكمة على أبعاد القطعة التي خرجت من نصيبه بعد القسمة، وأكد أن مطلب التحفيظ جزء منها، غير أن القرار المطعون فيه اعتبر أن وعاء تعرض الطاعن يقع بعيدا عن عقار المطلب، ويكون بذلك قد حرف وثائق الملف وما ثبت من محضر المعاينة، وأن الطاعن هو الحائز للعقار استمرارا لحيازة أسلافه، وأن طالبة التحفيظ لم يسبق لها أن حازت العقار، واستندت على رسم شراء عدلي مؤرخ في 2001/03/09 يتعلق بعقار غير العقار موضوع مطلب التحفيظ، وأن إسماعيل (م) البائع لمحمد (ب) البائع لطالبة التحفيظ أكد أثناء المعاينة بأن العقار الذي فوته لمحمد (ب) يتواجد بعيدا عن أرض المطلب، ونفس الشيء أكده عبد الله (ب)، مما يؤكد أن طالبة التحفيظ تسعى لتحفيظ عقار غير الذي اشترته.

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه علل بما جاء في الوسيلة أعلاه، في حين أن الطاعن ينازع في كونه صرح أثناء المعاينة بأن موضوع تعرضه يقع خارج وعاء مطلب التحفيظ، وأن محضر المعاينة لا يتضمن بوضوح ما استخلصته المحكمة من المحضر المذكور، إذ لم يشر فيه إلى أن النقطة التي وقف عليها المتعرض والتي تبعد عن الرجمة (...) في اتجاه الرجمة (...) بثلاثة أمتار وربع تقع خارج وعاء المطلب، وأن الأحكام يجب أن تبنى على اليقين، كما تمسك الطاعن أيضا في مقاله الاستئنافي بأنه هو الحائز للمدعى فيه، وبأن العقار المبيع لطالبة التحفيظ ليس هو العقار محل المطلب واستدل على ذلك بتصريحات

البائعين لسلف طالبة التحفيظ أثناء المعاينة، وأن ثبوت الحيازة للطاعن من شأنه قلب عبء الإثبات على طالبة التحفيظ ومناقشة حججها، غير أن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لم ترد على ذلك، ولم تتخذ التدابير التكميلية للتحقيق في الدعوى وفق ما هو منصوص عليه في الفصل 43 من قانون التحفيظ العقاري بالوقوف على عقار النزاع وتطبيق حجج الطرفين على المدعى فيه والتأكد من الحيازة، فجاء بذلك قرارها ناقص التعليل مما عرضه للنقض والإبطال.

لهذه الأسباب؛

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: العربي العلوي اليوسفي رئيس الغرفة – **رئيسا**. والمستشارين: أحمد دحمان – **مقررا**. وجمال السنوسي ومصطفى زروقي والمعطي الجبوجي **أعضاء**. وبمحضر **المحامية العامة** السيدة لبنى الوزاني وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة أسماء القوش.

القرار عدد 91
الصادر بتاريخ 14 يوليوز 2016
في الملف المدني عدد 2016/9/1/2701

شفعة – تعدد الشفعاء – أثره.

من المقرر فقها أنه إذا تعدد الشفعاء وكان المشتري أحدهم فلكل منهم الأخذ بالشفعة على قدر الأنصباء لا على الرؤوس، وأن اعتبار مراتب الشفعة يكون بين طالبيها وأن الشفعة حق لكل شريك وإن كان المشتري شريكا غير أجنبي تترك له حصته. والمحكمة لما تبين لها أن المشتري شريك وقضت للطالبين في حدود أنصبائهم تكون قد أجابت ضمنيا برد دفوعهم بخصوص ما تمسكوا به من أشرية، وجاء قرارها غير خارق لقاعدة عدم جواز تبعيض الشفعة ومعللا تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من محتويات الملف، والقرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بسطات تحت عدد 2007/202 وتاريخ 25 يوليو 2007 في الملف عدد 3/07/50 أن المهدي (س) ومن معه ادعوا أمام المحكمة الابتدائية بابن أحمد بأنهم شركاء على الشياع في العقارين أرض "..." المشتملة على محل للسكنى وأرض "..." وأن فاطنة (س) والميلودية باعتا ما قدره خداماان ونصف وأثنى عشر مترا من العقارين المذكورين للمدعى عليها تخصايت فاطنة (ت) وابنها أحمد (س) ، وطلبوا الحكم لهم باستحقاق الشقص المبيع مع أداء اليمين على أن الثمن ظاهره كباطنه وتمكينهم من الجزء المشفوع، واسند نائب المدعى عليها النظر فأصدرت

المحكمة حكمها باستحقاق المدعين شفعة المبيع والحكم على المدعى عليهما بأداء اليمين على أن الثمن الوارد برسم البيع ظاهره كباطنه، استأنفه المدعى عليهما وأسسا استئنافهما على أن (ت) إنما اشترت بالنيابة عن ولدها وأن إدخالها في الدعوى مجرد حشو وأن المحكمة خرقت قواعد الشفعة المنصوص عليها في الفقه الإسلامي، باعتبار أن المستأنف عليهم لا حق لهم في الشفعة، باعتبار أن القعدد محمد (س) توفي عن زوجته الزهرة (ب) وأولاده منها ومنهم صالح والد المستأنف أحمد (س) وعن أحفاده ثم توفيت الزوجة المذكورة وكذلك والد المستأنف المسمى صالح وخلف زوجته المستأنفة وأولاده ومنهم أحمد المستأنف أيضا والبيع تم بين العصبة أي بين أبناء الهالك القعدد وهما فاطنة والميلودية وتم البيع لفائدة إبن شقيقهما الذي هو إبن الصلب كذلك والجميع ورثة بالتعصيب، أما طالبوا الشفعة فليسوا ورثة بالتعصيب ولا بالفرض وإنما بحكم القانون لأنهم أصحاب الوصية الواجبة، والوارث بالتعصيب مقدم على الموصى له كما هو ثابت من أقوال الفقهاء الشيخ خليل وابن معجوز. وبعد الجواب وتمام الإجراءات، أصدرت المحكمة قرارها بتأييد الحكم المستأنف مع تعديله باستحقاق المدعين المستأنف عليهم شفعة الشقص المبيع إلا بقدر نسبة تملك المشفوع منه في العقار المشاع محل البيع مقابل ما يوازي ذلك من ثمن البيع ومصروفات العقد وهو القرار المطعون فيه بالنقض.

في شأن الوسيلة الأولى بفرعيها:

حيث يعيب الطاعنون على القرار انعدام التعليل وخرق الفقرة الخامسة من الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية، ذلك أن الشفعة يحكم باستحقاقها لطالبها غير مجزأة مقابل إيداع ثمن المبيع والمصروفات إن وجدت والمحكمة لما عدلت الحكم المستأنف لم تعلل قضاءها تعليلا كافيا كما أنها لم تعر شراءات كل من المهدي (س) من الميلودية وفاطنة ولا ما اشتراه محمد (س) من صالح

(س) والد المطلوب ضده التي تجعلهما في وضع متقدم فيما يتعلق بالاستفادة من مزايا الشفعة وما يترتب عنها مما يعرض قرارها للنقض.

لكن، حيث إنه من جهة أولى فإن المقرر فقها أنه إذا كان المشتري وطالبي الشفعة مالكون على الشياع، فإن الأخذ بالشفعة يكون على قدر الأنصبة بما فيها نصيب المشتري في المال المطلوب شفعته، لقول الشيخ خليل: **وهي على الأنصباء ... وترك للشريك حصته.** وكذلك لقول صاحب التحفة: **والشركاء للشفيع وجبا ... أن يشفعوا معه بقدر الأنصبا،** ولما كان البين من أوراق الملف المعروضة على قضاة الموضوع، أن المطلوب في النقض أحمد (س) من ضمن الورثة وأنه اشترى نصيبا في المال الموروث من عمتيه، فإن استحقاق الشفعة يجب أن ينصب على المال المشفوع مع خصم حصته منه، والمحكمة اعتبرت عن صواب أنه إذا تعدد الشفعاء وكان المشتري أحدهم فلكل منهم الأخذ بالشفعة على قدر الأنصباء لا على الرؤوس واستدلت استدلالا صحيحا بالقواعد الفقهية المشار إليها ولم تخرق قاعدة عدم جواز تبعيض الشفعة ومن جهة ثانية فإن اعتبار مراتب الشفعة يكون بين طالبيها وأن الشفعة حق لكل شريك وإن كان المشتري شريكا غير أجنبي تترك له حصته والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما تبين لها أن المشتري شريك وقضت للطالبين في حدود أنصبائهم تكون قد أجابت ضمنا برد دفوع الطالبين بخصوص ما تمسكوا به من أشرية، فجاء قرارها معللا تعليلا كافيا وما بالوسيلة بفرعيها على غير أساس.

وفيما يخص الوسيلة الثانية:

حيث يعيب الطاعنون على القرار أن المحكمة اعتبرت المطلوبين وارثين شرعيين مع أن درجة العارضين أقوى من درجتهم لأنهم كانوا يرثون شياعا وشراء إلى جانب أعمامهم وعماتهم، بواسطة الوصية الواجبة في حين أن أحمد (س) لا يعتبر وارثا أصليا ولم يرث عن طريق جده مباشرة كما هو الحال

بالنسبة للعارضين وإنما يرث عن طريق أبيه صالح (ب) وبالرجوع إلى التركة سوف يتبين بأن العارضين أقرب درجة من المطعون ضدهم باعتبارهم يرثون بالوصية الواجبة مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

لكن، حيث إنه بمقتضى الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية، فإن طلبات النقض يجب أن تبنى على أحد الأسباب المبينة في نفس الفصل وهي خرق القانون أو خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف أو عدم الاختصاص أو الشطط في استعمال السلطة أو عدم الارتكاز على أساس قانوني أو انعدام التعليل، والوسيلة المعتمدة لطلب النقض لم تبن على أي من الأسباب المذكورة واكتفى الطاعنون فيها بسرد الوقائع مما تكون معه غير مقبولة.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة سمية يعقوبي خبيزة **رئيسة** والمستشارين السادة: عبد الهادي الأمين **مقررا** – احمد لفطح – محمد صواليح – وردة المكنوزي **أعضاء** بحضور **المحامي العام** السيد عبد الإله مستقيم وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاتحة آيت عمي حدو.

القرار عدد 133
الصادر بتاريخ 28 يوليوز 2016
في الملف المدني عدد 2016/9/1/2499

ملك حبسي – طرق الانتفاع به.

يجوز للموقوف عليه أن ينتفع بالمال الموقوف بنفسه أو أن يفوت حق الانتفاع به إلى الغير ما لم يكن حق الوقف مقصورا على شخصه. والمحكمة لما استخلصت أن حق الاستغلال ممنوح على الدوام والاستمرار لجماعة سلالية، وأن عملية التنازل عن حق الاستغلال أو التفويت لا تجوز إلا بين أعضائها دون غيرهم، وأن المطلوب في النقض من ضمن سلالة الجماعة المذكورة، وقضت برفض طلب بطلان التنازل، تكون قد ركزت قضاءها على أساس وجاء قرارها معللا بما فيه الكفاية.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء تحت عدد 6318 بتاريخ 2015/6/23 في الملف رقم 2014/1404/5947 أن المدعين محمد وسعيد وكريم (ك) تقدموا بمقال أمام ابتدائية ابن سليمان بتاريخ 2013/10/03 يعرضون فيه أنهم يملكون حق الاستغلال على وجه الدوام والاستمرار في قطعة أرض فلاحية تدعى "..." مساحتها هكتار واحد والكائنة بدوار ابن سليمان وهي جزء من الرسم العقاري عدد (...) بصفتهم ينتسبون إلى سلالة الولي الصالح سيدي محمد بن سليمان الزين أوقف عليهم السلطان المولى إسماعيل هذا العقار ومنحهم حق الاستغلال

بمقتضى ظهير 16 فبراير 1719 ميلادية وأنهم كانوا أبرموا عقد تنازل عن هذه الأرض لفائدة المدعى عليه، إلا أنه تبين لهم أن هذه الأرض غير قابلة لأي نوع من أنواع التفويت وأن حق الاستغلال الشخصي لا يجوز تفويته للغير والتمسوا الحكم ببطلان عقد التنازل المؤرخ في 24 يوليوز 2003 والمصادق عليه في 28 يوليوز 2003 مع إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وتبعا لذلك بإفراغ المدعى عليه هو ومن يقوم مقامه من القطعة الأرضية المذكورة المحددة بعقد التنازل تحت طائلة غرامة تهديدية. وبعد جواب المدعى عليه بتقادم الدعوى طبقا للفصل 311 من ق.ل.ع لعدم رفعها داخل السنة ما داموا يزعمون وقوعهم في غلط أثناء التعاقد واحتياطيا فإن عقار النزاع مملوك لوزارة الأوقاف وهي التي تجيز كل عملية تنازل عن حق الاستغلال أو كرائه أو تفويته بين أفراد الجماعة السلالية لأولاد بن سليمان، وهذا ما يثبت بالشهادة الإدارية المؤرخة في 2013/04/23 وأن الجماعة السلالية المذكورة تجيز بدونها التنازل عن حق الاستغلال حسب الثابت من الشهادة المؤرخة في 2008/11/09 وهو من أفراد الجماعة السلالية حسب الشهادة المؤرخة في 2013/11/25 وسبق لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء أن أجازت مثل هذا التنازل ورفضت التصريح ببطلانه (قرار عدد 3165 وتاريخ 2005/10/03)، والتمس التصريح برفض الدعوى. وبعد المناقشة، صدر الحكم برفض الطلب فطعن فيه المدعون بالاستئناف وتمسكوا بما جاء في طلباتهم وتمسك المستأنف عليه بجوابه السابق وأصدرت محكمة الاستئناف قرارها بتأييد الحكم المستأنف وهو القرار المطلوب نقضه.

في شأن الوسيلة الوحيدة للنقض:

حيث يعيب الطاعن على القرار سوء التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أنه اعتمد على شهادة صادرة عن جهة غير مؤهلة قانونا، فقانون الوقف خول اختصاص تغيير الوقف للواقف وحده وهو هنا السلطان المولى إسماعيل ولأن

الوقف المعقب في الفقه الإسلامي كالإرث ينتقل من الأموات إلى الأحياء الذين ينحصر حقهم في التصرف والاستغلال لا غير كما سبق لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء أن أصدرت قرارات عديدة تسير في هذا الاتجاه اعتمادا على القاعدة الفقهية الشهيرة **"لا يصح التصرف في المحبس عليه في الشيء الواقع عليه الحبس"** وهو التوجه الذي سارت وتسير فيه محكمة النقض.

لكن، تقضي المادة 40 من مدونة الأوقاف في فقرتها الثانية: "يجوز له – أي الموقوف عليه – أن ينتفع بالمال الموقوف بنفسه أو أن يفوت حق الانتفاع به إلى الغير ما لم يكن حق الوقف مقصورا على شخصه"، وحسب القاعدة الفقهية من سعى في نقض ما تم من جانبه فسعيه مردود. وأن نقض وإبطال قرار استئنافي يرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها ولا يبقى للقرار المنقوض أي أثر قانوني، كما أن المحكمة لها سلطة تقدير الحجج وتقييمها لاستخلاص مبررات قضائها على أن يكون الاستخلاص مبررا قانونا وواقعا. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيهما استخلصت من الشهادة العقارية والشهادة الصادرة عن ناظر الأوقاف بسطات بتاريخ 2013/04/24 والشهادة الصادرة عن جمعية رابطة الشرفاء الأدارسة أن حق الاستغلال ممنوح على الدوام والاستمرار للجماعة السلالية اولاد بن سليمان، وأن عملية التنازل عن حق الاستغلال أو التفويت لا تجوز إلا بين الشرفاء السليمانيين دون غيرهم وأن المطلوب في النقض من ضمن سلالة الولي الصالح سيدي امحمد ابن سليمان وأن التنازل تم عن حق الاستغلال وقضت برفض طلب بطلان التنازل معللة قرارها بما سبق، تكون قد ركزت قضاءها على أساس وجاء قرارها معللا بما فيه الكفاية وما بالوسيلة لا يرتكز على أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة سمية يعقوبي خبيزة **رئيسة** والمستشارين السادة: محمد صواليح **مقررا** – عبد الهادي الأمين – امحمد لفطيح – وردة المكنوزي **أعضاء** بحضور **المحامي العام** السيد عبد الإله مستقيم وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاتحة آيت عمي حدو.

الجزء الثاني
قرارات غرفة الأحوال
الشخصية والميراث

القرار عدد 185
الصادر بتاريخ 23 فبراير 2016
في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/110

بطلان إراثة - منازعة في نسب الأبناء خلال المرحلة الاستئنافية - وجوب القيام بوسائل التحقيق المفيدة للبت في ذلك.

إن المحكمة لما اكتفت في تعليلها بالقول بأن الحكم الابتدائي واقع في محله وسليم المبنى والتعليل، دون أن تجيب عما أثارته الطاعنتان ومن معهما في المرحلة الاستئنافية بخصوص المنازعة في نسب الأبناء، والرد على ما أثير بكون نسبهما معلوما وتناقش الإراثتين وتتخذ الموقف القانوني السليم بشأن كل منهما بالقيام بوسائل التحقيق المفيدة للبت في النسب المتنازع بشأنه، مما كان معه قرارها منعدم التعليل مستوجبا للنقض.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه أعلاه، أن طالب النقض والزهرة (ب) وعائشة (ب) تقدموا بمقال مؤدى عنه بتاريخ 2013/08/28 إلى المحكمة الابتدائية بالجديدة في مواجهة المطلوبين في النقض اسماعيل وبوشرى ونادية (ب) وميلودة (ش)، عرضوا فيه أن هؤلاء أقاموا رسم إراثة ضمن بعدد (...) بتاريخ 2013/06/10 شهد شهوده بأنهم ورثة الهالك اسماهل (ب)، وعمدوا إلى تقييد الرسم المذكور بالمحافظة العقارية بالجديدة ليصبحوا مالكين في الرسمين العقاريين عدد (...) و(...)، وأنه بتاريخ 2013/08/12 تراجع جميع شهود الإراثة في شهادتهم فأصبح الرسم المذكور باطلا، وأن الطالب ومن ذكر

معه أعلاه أقاموا رسم إراثة صحيح ضمن بعدد (...) بتاريخ 2013/08/13 شهد شهوده بأنهم هم ورثة المرحوم امساهل (ب)، ملتمسين التصريح ببطلان رسم الإراثة المنجز من قبل المطلوبين وأمر المحافظ بالتشطيب عليه من الرسمين العقاريين المذكورين وبتسجيل عوضه رسم الإراثة المنجز من قبلهم، وعززوا طلبهم بصورة طبق الأصل لرسم إراثة ضمن بعدد (...) كناش التركات (...) بتاريخ 2013/06/10 بتوثيق أزمور، ورسم إراثة ضمن بعدد 299 كناش التركات (...) بتاريخ 2013/08/15 بتوثيق أزمور، ورسم إشهاد ضمن بعدد (...) كناش المختلفة (...) بتاريخ 2013/11/14 بتوثيق أزمور. وأجاب المطلوبون مدلين بمقال مضاد مؤدى عنه بتاريخ 2013/11/21 بأن الدعوى غير مقبولة شكلا لعدم إثبات المدعين لصفتهم في الادعاء، ولعدم تقيدهم بنص المادة 13 من مدونة الحقوق العينية التي تستوجب تقييد أي دعوى رامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا، وأن ما ضمنه المدعون برسم الإراثة المنجز من قبلهم بأنهم الورثة الحقيقيين للهالك إسماعيل (ب) هو خلاف الواقع لأن الهالك إسماعيل قد توفي وترك ثلاثة أبناء هم: اسماعيل ونادية وبشرى وزوجته، وأنه بالرجوع إلى المادة 358 من مدونة الأسرة فإن وجود ابن ذكر من بين ورثة الهالك يحجب الإخوة الأشقاء للهالك في الإرث حجب إسقاط، فتكون الإراثة المنجزة من طرف المدعين المضمنة بعدد 299 كناش التركات (...) بتاريخ 2013/08/15 بتوثيق أزمور باطلة ملتمسين التصريح ببطلانها، معززين مذكرتهم بنسخ كاملة لثلاث عقود ازدياد، وصورتي رسمي الإراثة المضمنين بعدد (...) وعدد (...). وبعد تبادل الردود قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2014/05/29 في المقال الأصلي: برفض الطلب. وفي المقال المضاد: بإبطال رسم الإراثة المضمن بعدد (...) كناش التركات رقم (...) بتاريخ 2013/08/15 توثيق أزمور، فاستأنفه الطالب ومن ذكر معه أعلاه، وأدلوا بمقالين إصلاحيين، وبعد جواب المطلوبين قضت محكمة الاستئناف بتأييد

الحكم المستأنف. وهو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف الطالب بواسطة دفاعه بمقال تضمن وسيلتين، أجاب عنه المطلوبون بواسطة دفاعهم ملتمسين رفض الطلب.

في شأن الوسيلة الثانية حيث يعيب الطاعن القرار بعدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل، ذلك أنه لم يجب على الدفع المثار من طرف الطالب المتمثل في التناقض الحاصل في أجزاء الحكم الابتدائي، إذ ورد في التعليل المتعلق بالمقال المضاد أن الدعوى غير مقبولة شكلا وفي المنطوق قضى بقبول الطلب، وأن القرار موضوع الطعن أغفل الجواب على باقي أسباب الاستئناف الواردة في المقال رغم أنها جدية وجوهرية بخصوص المنازعة في نسب الأبناء اسماعيل (ب) ونادية (ب) أو بشأن طلب إحالة الأبناء المشكوك في نسبهم على خبرة جينية لتتأكد المحكمة من جدية الطلب، كما أنها أغفلت الإجابة ومناقشة أوجه الدفوع المثارة بصدد اعتماد الحكم المستأنف على الإقرار بالبنوة وما يترتب على ذلك من نتائج أهمها استحقاق الإرث خلافا للشروط التي أوجب المشرع توفرها في الإقرار طبقا لمقتضيات المادة 160 من مدونة الأسرة، خاصة منها الشرط الثاني، إذ الأبناء المقر بهم معلوموا النسب فأبوهم هو محمد بوظهر بن الحاج اسماعيل لا يزال على قيد الحياة، ولا يعقل أن يحوز الهالك امساهل (ب) ابني أخيه قصد التكفل بتربيتهما ويصبح بعد ذلك هو أبوهما بموجب رسم إراثة تراجع شهوده لما تعرفوا على حقيقة الأمر، وأنه علاوة على ذلك فإن الطاعن نازع سواء خلال المرحلة الابتدائية أو الاستئنافية وتمسك بأن التقييد في الحالة المدنية لا يثبت النسب ومع ذلك فإن الحكم محل الطعن لم يعر هذا الدفع رغم وجاهته أي اهتمام، كما أن محكمة الاستئناف لم تجر أي بحث في الموضوع، ثم إن القرار محل الطعن وهو يتبنى علل الحكم الابتدائي استبعد رسم الإراثة المقامة من الطاعن ومن ذكر معه المضمنة تحت عدد (...)، واعتبرها باطلة دون أن يعلل ذلك بموجب شرعي والحال أنها معززة برسم ثبوت النسب

ومستوفية لكافة الشرائط المتطلبة قانونا، مما يجعله خارقا لقواعد الإثبات والقواعد الشرعية، ملتمسا نقضه.

حيث صح ما عابته الوسيلة على القرار، ذلك أنه بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية يجب أن تكون القرارات معللة. ووفقا للفقرة الأخيرة من الفصل 359 من نفس القانون، فإن انعدام التعليل يشكل سببا من أسباب النقض. والبين من القرار المطعون فيه أنه اكتفى في تعليلاته بالقول بأن الحكم الابتدائي واقع في محله وسليم المبنى والتعليل، دون أن يجيب عما أثارته الطاعنتان ومن معهما في المرحلة الاستئنافية بخصوص المنازعة في نسب الأبناء اسماعيل ونادية بوظهر، والرد على ما أثير بكون نسبهما معلوما ويناقش الإراثتين ويتخذ الموقف القانوني السليم بشأن كل منهما بالقيام بوسائل التحقيق المفيدة للبت في النسب المتنازع بشأنه، مما كان معه منعدم التعليل مستوجبا للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد **رئيس الغرفة** ابراهيم بحماني **رئيسا**، والسادة المستشارين: عبد الغني العيدر **مقررا** وعمر لمين ومحمد دغبر والمحمد لفطح **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد عمر الدهراوي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوبهوش.

القرار عدد 164
الصادر بتاريخ 16 فبراير 2016
في الملف الشرعي عدد 2015/2/2/46

عقد الهبة – تقييده بالرسم العقاري – تضمين العقد لشرط حيازة العقار بعد وفاة الواهب – أثره.

إن تضمين عقد الهبة شرط حيازة العقار بعد وفاة الواهب يبقى دون تأثير ما دامت الحيازة القانونية بتسجيل العقار الموهوب بالسجلات العقارية قد تحقق قبل حصول مانع الموت، والمحكمة المطعون في قرارها لما قضت ببطلان الهبة، فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا وخرقت المادة 274 من مدونة الحقوق العينية.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف باكادير بتاريخ 2014/10/21 تحت عدد 475 في الملف رقم 13/192، أن المطلوبين المدعين ورثة المرحوم اليزيد (ب) وهم أولاده: مباركة (ب) وفاطمة (ب) وعائشة (ب) ومحمد (ب) ومحند (ب) أبناء اليزيد تقدموا أمام المحكمة الابتدائية بانزكان بواسطة دفاعهم بمقالين افتتاحي بتاريخ 2012/04/02 وإصلاحي بتاريخ 2013/03/21 في مواجهة بقية الطاعنين ورثة المرحوم اليزيد (ب) وهم: أرملته فاضمة (ل) وأولاده منها عمر (ب) ونعيمة (ب) وبخديجة (ب) وبحضور المحافظ على الأملاك العقارية بانزكان عرضوا فيهما أن موروثهم المرحوم اليزيد (ب) توفي بتاريخ 2012/01/15 ومن جملة ما ترك العقار المسمى

السعادة 1 موضوع الرسم لعقاري عدد 3167/س الكائن بالجماعة الحضرية للدشيرة الجهادية عمالة انزكان ايت ملول البالغة مساحته 1208 م.م والمشتمل على منزل للسكنى متكون من خمس غرف وصالون ومطبخ ومرحاض وعلى حمام عمومي وبئر وخزان للماء وصهريج ومرجل كبير لتسخين الماء " شودير" وأن موروثهم المذكور قام قيد حياته بتاريخ 2009/12/14 بانجاز عقد هبة لفائدة المدعى عليهم صرح فيه بتوقف الاستفادة من الهبة والانتفاع بها على شرط وفاته مما يجعل العقد باطلا لعدم تحقق الحوز بحيث ظل الواهب موروثهم يستغل العقار موضوع الهبة إلى أن توفي إلا أن المدعى عليهم بعد مرضه استولوا على وثائقه منها العقد المطعون فيه وقاموا بتقييده بالصك العقاري بتاريخ 2011/10/28 مشيرين إلى أن إرادة الهالك لم تكن وفق ما تصرف به المدعى عليهم وأنه لو كان الأمر كذلك لأشرف وهو في كل قواه العقلية والجسدية على تسجيل عقد الهبة بالصك العقاري فور إنجازه وأداء الرسوم عليه بتاريخ 2009/12/22 ولما اشترط في العقد بأنه لا تؤول حيازة العقار الموهوب للموهوب لهم إلا بعد وفاته وبأنه يمنع على الموهوب لهم تفويت أو رهن العقار قيد حياته تحت طائلة بطلان التفويت أو الرهن وإلغاء هذه الهبة. ومن ثم فإن تقييد عقد الهبة قيد حياة الواهب لا يضفي عليها أي صحة بقدر ما هو حلول للشرط الفاسخ تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما أن المقرر فقها وقانونا وقضاء أن الحوز والتحوز شرط أساسي لصحة الهبة وأن لا وصية لوارث وأن الوصية يشترط فيها أن لا تتجاوز الثلث والتمسوا بعد إصلاح مقالهم الحكم ببطلان عقد الهبة المنصب على العقار المسمى السعادة 1 ذي الصك العقاري عدد 3167/س المشار إليه أعلاه مع أمر المحافظ العقاري بالتشطيب عليه من الرسم العقاري المذكور. وأدلوا بعقد الهبة مع ترجمة له للعربية وبعدة وثائق أخرى. وأجاب المطلوبون المدعى عليهم بأنه ورد في العقد اتفاق الطرفين على أن الملكية تنتقل بمجرد تسجيل العقد في الصك العقاري وذلك كما يتضح من الفقرة ما قبل الأخيرة

من الصفحة الثانية للعقد وبما أن عقد الهبة مسجل بالصك العقاري بإقرار المدعين أنفسهم وبذلك فإن التسجيل في الرسم العقاري يغني عن الحيازة الفعلية حسب قرار محكمة النقض عدد 555 الصادر بجميع الغرف بتاريخ 2013/12/08 وقد تم قيد حياة الواهب وبناء على طلبه الوارد في العقد في الفقرة الثالثة ما قبل الأخيرة من الصفحة الثالثة، ثم إنه إذا كان الواهب قد علق الهبة على موته فإن نفس العقد تضمن أن الطرفين اتفقا على أن ملكية العقار الموهوب تنتقل بمجرد التسجيل في الصك العقاري فيكون بذلك الواهب قد تنازل عن الشرط الأول، وأما بخصوص ادعاء مرض الواهب وانعدام أهليته فهو ادعاء يفتقر للإثبات وأن التسجيل في الصك العقاري يعتبر من وظيفة الموثق، ثم إن القضاء اعتبر أن عقد الصدقة المحرر من طرف الموثق والذي يشهد فيه بأهمية التصدق وقت إبرامه هو وثيقة رسمية لا يطعن فيها إلا بالزور ويقع عبء الإثبات على من ادعى المرض المخوف كما أن محكمة النقض اعتبرت أن الحيازة المادية للعين المتصدق بها وهي قطعة أرضية وليس منزلا مسكونا أو معدا للسكنى يمكن إثباتها من طرف المتصدق عليه بأي وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية والقانونية، وأن عدم تسجيل عقد الصدقة بالرسم العقاري بعد وفاة المتصدق لا تأثير له مادام قد نشأ صحيحا لثبوت حيازة المتصدق به من طرف المتصدق عليه قرار عدد 84 بتاريخ 2011/03/8 في الملف عدد 2009/1/2/630 والتمسوا رفض الطلب وأدلوا بعدة وثائق، وبعد تبادل الجواب والتعقيب وانتهاء الردود قضت المحكمة بتاريخ 2013/05/16 في الملف رقم 2012/26 برفض الطلب. فاستأنفه -المطلوبون- المدعون وأجاب المستأنف عليهم -الطاعنون- بما سبق أن أثاروه خلال المرحلة الابتدائية وبعد تبادل التعقيب والجواب وانتهاء الردود وإدلاء كل طرف بما لديه من وثائق أنهت محكمة الاستئناف الإجراءات بإصدار قرار يقضي بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم ببطلان الهبة المحرر من طرف الموثق بتاريخ 2009/12/14 المتعلق بالعقار المسمى السعادة 1 موضوع الرسم العقاري عدد

(...) وأمر المحافظ على الأملاك العقارية بانزكان بالتشطيب عليه من الرسم العقاري المذكور وتحميل المستأنف عليهم الصائر. وهذا هو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف الطالبين بواسطة دفاعهم بمقال أجاب عنه المطلوبون بواسطة نائبهم بمذكرة والتمسوا رفض الطلب.

حيث إنه مما ينعى به الطاعنون على القرار في الوسيلة المتخذة من العيب في التعليل أن المحكمة مصدرته لم تعتبر أن العقار الموهوب قد تمت نقل ملكيته إلى الموهوب لهم بتسجيله في الرسم العقاري وهي حيازة قانونية أكد عليها المجلس الأعلى في قراره المشار إليه في مقال النقض، وأن ما عللت به المحكمة من تضمين عقد الهبة شرط عدم الحيازة في حياة الواهب أثناء إبرام عقد الهبة يعدم إرادة التبرع يبقى دون اعتبار لما ذكر ويجعل القرار معرضا للنقض.

حيث صح ما ورد بالنعي أعلاه، ذلك أن عقد الهبة تضمن أن العقار موضوع الهبة يصبح ملكا للموهوب لهم على سبيل الملكية التامة ابتداء من تاريخ تسجيل عقد الهبة بالسجلات العقارية، وذلك طبقا لمقتضيات المادتين 66 و67 من ظهير 12 غشت 1913 وتكون لهم حيازته ابتداء من هذا اليوم عن طريق التملك الفعلي. ولما ثبت من وثائق الملف أن الطاعنين سجلوا عقد الهبة بالرسم العقاري عدد 3167/س في حياة الواهب وهو المعتبر فإن تضمين عقد الهبة شرط حيازة العقار بعد وفاة الواهب يبقى دون تأثير ما دامت الحيازة القانونية بتسجيل العقار الموهوب بالسجلات العقارية قد تحقق في 2011/10/28 أي قبل حصول مانع الموت في 2012/01/15. والمحكمة المطعون في قرارها لما لم تراع هذه المقتضيات، فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا وخرقت المادة 274 من مدونة الحقوق العينية وعرضت بذلك قرارها للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترهة **رئيسا** والسادة المستشارين: عبد الرزاق محسن **مقررا** وعمر لمين وعبد الغني العيدر والمصطفى بوسلامة **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد عمر الدهراوي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوبهوش.

القرار عدد 190
الصادر بتاريخ 23 فبراير 2016
في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/548

سكن المحضون – تخصيصه بعيدا عن موطن الحاضنة – مراعاة المصلحة الفضلى للمحضون.

لئن كانت مقتضيات المادة 168 من مدونة الأسرة قد تركت الاختيار للأب عندما نصت على أنه يجب عليه أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه، فإن ذلك رهين بمراعاة مصلحة المحضونة الفضلى وعدم الإضرار بها. والمحكمة لما قضت بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من تخصيص منزل الأب لإقامة المحضونة وبعد التصدي الحكم على المستأنف عليه بأدائه للمستأنفة مبلغ مالي مقابل سكن المحضونة، بعلة أن تخصيص محل للمحضونة بعيدا عن موطن الحاضنة فيه حرج جلي، تكون قد راعت المصلحة الفضلى للمحضونة وعللت قرارها بما فيه الكفاية.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 524 الصادر عن محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 2014/5/7 في الملف عدد 2013/718، أن المطلوبة نادية (ب) قدمت إلى المحكمة الابتدائية بذات المدينة مقالا بتاريخ 2012/12/20، جاء فيه أنها متزوجة بالمدعى عليه ابراهيم (ع) وأنجبت منه البنت أسماء (ع) – هكذا في المقال – 2011/1/26 وطوال مدة الزواج يسيء معاملتها

ويهملها ولا ينفق عليها وعلى بنته، مما أدى إلى استحالة استمرار العلاقة الزوجية بينهما، ملتمسة الحكم على المدعى عليه في حالة تعذر الصلح بإيقاع التطليق للشقاق وأن يؤدي لها المستحقات التالية: واجب سكنى العدة مبلغ 2000 درهم شهريا، والتعويض عن الضرر مبلغ 100000 درهم، وواجب نفقة البنت أسماء مبلغ 1000 درهم شهريا، وواجب حضانتها مبلغ 1000 درهم شهريا، وواجب سكناها مبلغ 800 درهم شهريا. وأجاب المدعى عليه بأن ادعاءات المدعية تفتقر للإثبات وأنها هي التي غادرت بيت الزوجية واستصدر حكما قضى عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية ورفضت الرجوع إليه ودخله هو مبلغ 2000 درهم. وبعد تعذر الصلح وإدلاء النيابة العامة بمستنتجاتها وانتهاء الردود والإجراءات أصدرت المحكمة الحكم رقم 13/1222 بتاريخ 2013/6/19 في الملف عدد 2012/1693 قضى بتطليق المدعية نادية (ب) من المدعى عليه ابراهيم (ع) طلقة أولى بائنة للشقاق، وبأدائه لها المستحقات التالية: عن مقابل السكنى أثناء العدة بتخصيص المنزل الكائن بدوار حاسي سيدي بيي كمسكن لقضاء الزوجة فترة العدة، وبإسناد حضانة البنت سارة – هكذا في الحكم – لوالدتها وبتحديد يوم الأحد من كل أسبوع وأيام الأعياد الدينية والوطنية من الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة السادسة مساءا موعدا لزيارة الأب لابنته المحضونة، وبتحديد مستحقات البنت سارة في: مبلغ 400 درهم عن النفقة شهريا، وعن تكاليف السكنى تخصيص المنزل الكائن بدوار حاسي سيدي بيي محلا لإقامة المحضونة سارة ابتداء من تاريخ الحكم إلى حين سقوط الفرض شرعا، ومبلغ 100 درهم عن أجرة الحضانة شهريا، والكل إلى حين سقوط الفرض شرعا أو تعديله بحكم آخر، ورفض طلب التعويض، فاستأنفته المدعية المطلوبة استئنافا أصليا والمدعى عليه الطالب استئنافا فرعيا، وبعد إدلاء النيابة العامة بمستنتجاتها وانتهاء الردود والإجراءات أصدرت محكمة الاستئناف القرار رقم 524 بتاريخ 2014/5/7 في الملف عدد 2013/718 قضى في الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف

فيما قضى به من تخصيص المنزل الكائن بدوار حاسي سيدي بيي محلا لإقامة المحضونة والتصدي الحكم على المستأنف عليه بأدائه للمستأنفة مقابل سكن المحضونة في مبلغ 200 درهم شهريا ابتداء من تاريخ القرار، وتأييده في الباقي، وهو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف الطالب بمقال تضمن **وسيلة وحيدة** لم تجب عنه المطلوبة رغم استدعائها.

وحيث يعيب الطالب القرار المطعون فيه في الوسيلة بنقصان التعليل وهو بمثابة انعدامه، ذلك أن مقتضيات المادة 168 من مدونة الأسرة نصت بداية على وجوب توفير مسكن للأبناء وفي حالة تعذر تنفيذ هذا الالتزام فإن الأب ملزم بأداء واجب السكن المحدد من طرف المحكمة، والمشرع لم يترك أي مجال للمحكمة للاجتهاد وإعمال سلطتها التقديرية، والطالب عندما خصص سكنا للمحضون وبالتبعية للحاضنة بإقامتها معه فيه يكون قد التزم بمقتضيات المادة المذكورة ووفر ما هو أفضل للمحضون، والمحكمة المطعون في قرارها تجاوزت إرادة المشرع وما نصت عليه المادة المذكورة وعملت سلطتها التقديرية وتحديد ما هو أصلح للمحضون وبدون أن تبين المصلحة الفضلى للمحضون مما يجعلها قد أخلت بالمادة المذكورة، ملتمسا لذلك نقض القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إنه ردا على ما في الوسيلة، فإنه لئن كانت مقتضيات المادة 168 من مدونة الأسرة قد تركت الاختيار للأب عندما نصت على أنه يجب عليه أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه، فإن ذلك رهين بمراعاة مصلحة المحضونة الفضلى وعدم الإضرار بها. والمحكمة المطعون في قرارها لما قضت بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من تخصيص المنزل الكائن بدوار حاسي سيدي بيي محلا لإقامة المحضونة وبعد التصدي الحكم على المستأنف عليه بأدائه للمستأنفة مقابل سكن المحضونة في مبلغ 200 درهم شهريا، بعلة أن عنوان الطرفين معا يتواجد بمدينة أكادير وأن

تخصيص المحل الكائن بدوار سيدي بيبي بعيدا عن مدينة أكادير فيه حرج بين وأن مصلحة المحضونة تكمن في مصلحة الحاضنة التي تقيم بمدينة أكادير وليس بسيدي بيبي، فإنها تكون قد راعت مصلحة المحضونة الفضلى وفق مقتضيات المادة 186 المذكورة والتي تكمن في سكناها بالقرب من والديها بمدينة أكادير باعتبار أن الطرفين كانا يسكنان قبل الطلاق وبعده بمدينة أكادير والمحضونة مزدادة بتاريخ 2011/1/26 بنفس المدينة المذكورة وتتابع دراستها فيها حسب الشهادة المدرسية المحررة بتاريخ 2014/4/1 وعللت قرارها بما فيه الكفاية و لم تخرق أي مقتضى قانوني.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترهة **رئيسا** والسادة المستشارين امحمد لفطح **مقررا** وعمر لمين والمصطفى بوسلامة وعبد الغني العيدر **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد عمر الدهراوي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوهوش.

القرار عدد 343
الصادر بتاريخ 19 أبريل 2016
في الملف الشرعي عدد 2015/2/2/971

عقد صدقة – عدم إخلاء المتصدق للسكن المتصدق به – بطلانه.

إن محكمة الإحالة تقيدا منها بالقرار الناقض كما توجب ذلك الفقرة الثانية من الفصل 369 من ق.م.م أمرت بإجراء بحث بالاستماع لشهود اللفيفين المدلى بهما من الطرفين قصد التأكد من واقعة إفراغ المتصدق للمنزل المتصدق به، فثبت لها أن المتصدق لم يخل السكن المتصدق به، بل ظل به إلى أن توفي. وبما أن حيازة المتصدق عليه للمتصدق به شرط أساسي لصحة الصدقة، وأن هذه الحيازة يجب أن تتمثل في إخلاء المتصدق للسكنى منه ومن أمتعته على قول المتحف، واعتبرت أن عقد الصدقة المستدل به باطلا ولم يثبت لها دليل أنه أكرى سفلي الدار وقضت ببطلانه، فإنها جعلت لقرارها أساسا وعللته تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2015/05/12 عن محكمة الاستئناف بمكناس، في الملف عدد 1401/13/1688، أن المدعيين الجيلالي (خ) وبوعزى (خ) تقدما بتاريخ 2009/02/18 أمام المحكمة الابتدائية بخنيفرة، بمقال افتتاحي أعقباه بآخر إصلاحي بتاريخ 2009/04/29 عرضا فيهما أنهما من جملة ورثة المرحوم محمد (خ)، وأنه قبل وفاته بتاريخ 2008/02/22 تصدق على المدعى عليهما رابحة (ظ) ورابحة (خ) التي أدرج

ورثتها بعد وفاتها وفاتحة (خ) بجميع القطعة الأرضية موضوع المطلب عدد 9105ك، المشيد عليهما دارا للسكنى والموصوفة بالمقال، وأن المتصدق ظل يتصرف في المتصدق به إلى أن توفي، والتمسا الحكم ببطلان عقد الصدقة المحرر بتاريخ 2007/03/16. وأرفق المقال بوثائق. وبعد جواب المدعى عليهما بأن رسم الصدقة صحيح، وأنهما حازتا المتصدق به بمعاينة شهيديه، وتأكيدا لذلك تدليان برسم حيازة مؤرخ في 2009/06/28، وأن المتصدق كان مريضا وظل يستشفى تحت رعايتهما لسنه وعجزه بمسكنه المتصدق به والذي توفي به. وبعد إجراء بحث وتعقيب الطرفين على ضوء البحث، أصدرت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2010/07/14 حكما في الملف عدد 09/53/405. قضى ببطلان رسم الصدقة، فاستأنفته المحكوم عليهما طاهر رابحة وفاتيحة (خ)، وبعد تبادل الردود أصدرت محكمة الاستئناف قرارا بإلغاء الحكم المستأنف وتصديا الحكم برفض الطلب. طعن فيه المدعيان بالنقض، بناء على عدم الارتكاز على أساس قانوني ونقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن من شروط الصدقة حيازة العين المتصدق بها، وأن المتصدق به دار للسكنى، وأن المتصدق ظل يسكن مع المتصدق عليهما إلى أن توفي بالمنزل المتصدق به وأنه لم تمر سنة على إفراغه المنزل لأن الصدقة عقدت بتاريخ 2007/01/03، والوفاة كانت بتاريخ 2008/02/22. والحال أنه لم يسبق للمتصدق أن أفرغ المنزل لبقائه تحت رعاية المتصدق عليهما، كما أكدت ذلك المطلوبتان في النقض أثناء جلسة البحث، وشهود اللفيف المستمع إليهم بعد أدائهم اليمين. والمطلوبتان كذبتا ما جاء في رسم الصدقة من معاينة، مما يعرض القرار للنقض. وبعد انتهاء الإجراءات، أصدرت محكمة النقض بتاريخ 2013/02/05 في الملف عدد 2011/1/2/762 قرارا بالنقض والإحالة على نفس المحكمة بعلة " أنه يشترط لصحة الصدقة متى تعلقت بسكن المتصدق بالإضافة إلى ثبوت الحيازة بموجبها ثبوت إخلاء المتصدق لدار سكناه سنة. فإن عاد لسكنى مسكنه قبل العام بطلت صدقته على تفصيل كما لأبي المودة في مختصره

ليست النازلة محله، إلا أن يرجع مختفيا أو ضيفا ومات بها، والطاعنتان دفعتا بأن الصدقة وإن تضمنت معاينة عدلي التلقي لحيازة المتصدق عليهما حسبما برسم توثيقها المؤرخ في 2007/01/13، فإن المتصدق ظل يسكن بدار سكناه المتصدق بها إلى أن توفي بها بتاريخ 2008/02/22، وهو الأمر الذي أقرته المطلوبتان بدعوى أن المتصدق كان مريضا وظل يستشفي تحت رعايتهما لكبر سنه وعجزه بمسكنه إلى أن توفي به. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قضت برفض طلب الصدقة بعلة أن سن المتصدق البالغ 91 سنة وانعدام من يقوم بمصالحه ورعايته يشفعان للمطلوبتين في طلب إبقائه معهما لرعايته والقيام بشؤونه من باب التكافل والاعتراف بالجميل دون أن تبحث في ثبوت الإخلاء من عدمه وفيما إذا كانت عودة المتصدق لمسكنه المتصدق به قبل العام عارضة ضيفا أو مريضا إلى أن مات به لتبني حكمها على ما انتهى إليه تحقيقها، تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا وهو بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض. وبعد النقض والإحالة على نفس المحكمة وتبادل الأجوبة على ضوء القرار الناقض، أصدرت محكمة الاستئناف قرارا بتأييد الحكم المستأنف. وهذا هو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال لم يجب عنه المطلوبان رغم إثبات الأستاذ محمد (ش) نيابته عنهما.

حيث تعيب الطالبتان القرار في الوسيلتين الأولى والثانية بعدم الارتكاز على أساس قانوني ونقصان التعليل الموازي لانعدامه وخرق القانون، ذلك أن القرار المطعون فيه استند فيما قضى به على شهادة بعض الشهود الذين شهدوا بأن المتصدق بسبب مرضه الذي أقعده الفراش بقي بالمنزل المتصدق به إلى أن توفي به وأن ما استندت عليه المحكمة لا يرقى لدرجة الإثبات لأن طالبتي النقض أدلتا بالملف الطبي للمتصدق لإثبات مرضه وحاجته لمن يرعاه فأسكنتاه في سفلي الدار وأنهما تصرفتا في المتصدق به وتتوصلان بواجبات الكراء، وأن عقد الصدقة جاء مستوفيا لجميع الشروط الفقهية المتطلبة من رفع يد المتصدقة وحوز المتصدق به ومعاينة شاهديه خاليا من شواغل المتصدق وأمتعته وهي شروط

كافية للقول بصحة الصدقة ولا ينال منها شهادة الشهود ببقاء المتصدق بالمنزل إلى أن توفي به. كما أن القرار اكتفى للتأكد من واقعة إخلاء المتصدق دون التأكد من واقعة الحيازة التي أثبتها الشهود، وأن رسم الصدقة صحيح نظرا لما نص عليه من معاينة حوز المتصدق به وأن موت المتصدق بالمنزل المتصدق به بسبب مرضه لا يبطل رسم الصدقة، مما يجعل ما استندت عليه المحكمة غير جدير بالاعتبار ويعرض القرار للنقض.

لكن، حيث إن محكمة الإحالة تقيدا منها بالقرار الناقض كما توجب ذلك الفقرة الثانية من الفصل 369 من ق.م.م أمرت بإجراء بحث بالاستماع لشهود اللفيفين عدد 2009/273 و2009/45 المدلى بهما من الطرفين قصد التأكد من واقعة إفراغ المتصدق للمنزل المتصدق به، فثبت لها أن المتصدق لم يخل السكن المتصدق به، بل ظل به إلى أن توفي. وبما أن حيازة المتصدق عليه للمتصدق به شرط أساسي لصحة الصدقة، وأن هذه الحيازة يجب أن تتمثل في إخلاء المتصدق للسكنى منه ومن أمتعته على قول المتحف:

وإن يكن محل سكناه يهب** فإن الإخلاء له حكم وجب**

واعتبرت أن عقد الصدقة المستدل به باطلا ولم يثبت لها دليل أنه أكرى سفلي الدار وقضت ببطلانه، فإنها جعلت لقرارها أساسا وعللته تعليلا كافيا. وكان ما بالوسيلتين على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بنزهة رئيسا والسادة المستشارين: محمد عصبة **مقررا** وعمر لمين وعبد الغني العيدر وامحمد لفطح **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد عمر الدهراوي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوبهوش.

القرار عدد 374
الصادر بتاريخ 26 أبريل 2016
في الملف الشرعي عدد 2015/2/2/116

دعوى الاستحقاق – المجيب بالحوز لا يكلف بشيء إلا إذا أدلى القائم بحجة تامة.

إن المحكمة أسست قضاءها على جواب المطلوبين بالحوز أبا عن جد لمدة تزيد على مائة سنة والمجيب بالحوز كما هو مقرر فقها لا يكلف بشيء إلا إذا أدلى القائم بحجة تامة مستجمعة لشروطها الفقهية والقانونية. والمحكمة في إطار سلطتها قومت موجب الإحصاء المستدل به من الطاعنين واستخلصت أنه لا يشكل حجة مثبتة للملك، إذ اكتفى بالإشهاد أن العقار من متخلف الهالك دون التنصيص على عناصر الملكية المحددة فقها، فكان بذلك قرارها مطابقا للمقتضيات الفقهية الواجبة التطبيق على النازلة.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

فيما يخص شكل الطعن:

حيث إن البين من أوراق الملف، أن الطرف الطالب لم يحتفظ في مقاله بحقه في تقديم مذكرة تفصيلية وفق ما تقتضيه مقتضيات الفصل 364 من قانون المسطرة المدنية. إضافة إلى ذلك، فإن مقال النقض قدم بتاريخ 2014/10/27، بينما المذكرة التفصيلية قدمت بتاريخ 2015/3/18، أي خارج الأجل المنصوص عليه في الفصل المذكور، مما يجعل المذكرة التدعيمية غير مقبولة شكلا.

فيما يخص موضوع الطعن:

حيث يستفاد من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 4211 الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 2014/6/3 في الملف عدد 10/1/3696، أن الطالبين ورثة عبد الكبير (ز) قدموا إلى المحكمة الابتدائية بذات المدينة مقالا بتاريخ 2010/1/22 جاء فيه أنه آلت إليهم عن طريق الإرث من أبيهم عبد الكبير (ز) حقوق مشاعة مع المدعى عليهم ورثة التهامي (م) وورثة الغزواني (م) وورثة دامية (م) وورثة ادريس (م) وورثة حادة (م) المفصلة أسماؤهم بالمقال، وذلك في الملك المسمى – فدان المسن – البالغة مساحته 24 هكتارا الكائن بدوار الحرش دار بوعزة وهو عبارة عن أرض فلاحية بورية، حدودها بنفس بالمقال، وأن هذه الحقوق آلت لموروثهم عبد الكبير الملقب قيد حياته ب (ز) من أبيه الهالك سليمان الذي وافته المنية حوالي سنة 1900، وأن موروثهم كان قيد حياته يحصل على نصيبه في غلة الفدان المذكور ويساهم في عمليات الحرث والحصاد ومنذ وفاته بتاريخ 1998/1/21 أصبح المدعى عليهم وحدهم يتصرفون في المتروك المذكور دون تمكين باقي الورثة من واجبهم الشرعي، وأن أصل الفريضة الشرعية هو 7/7 ونصيبهم محدد في 7/1، ملتمسين الحكم لهم بواجبهم 7/1 من أصل 7/7 كواجب إرثي مشاع لهم في الفدان المذكور، والأمر بإجراء خبرة على المتروك لتحديد نصيبهم في الغلة منذ تاريخ 1998/1/21، وتعزيزا لدعواهم أدلوا بمجموعة من الوثائق، وأجاب المدعى عليه بأن المدعين سبق لهم أن قدموا نفس الدعوى انتهت بصدور الحكم رقم 2681 بتاريخ 2009/11/10 في الملف رقم 09/21/946 – هكذا في الجواب والصحيح 09/21/947 – قضى بعدم قبول الطلب، إضافة إلى ذلك فإنهم لم يدلوا بما يثبت تملك الهالك عبد الكبير (ز) للعقار المدعى فيه وأنهم أدلوا بوثيقتي إراثة ورسم موجب لا تثبتان صفتهم في رفع الدعوى، وذكروا في مقالهم من بين المدعى عليهم ورثة بوشعيب (م) بدون أن يبينوا بتدقيق من هم هؤلاء الورثة، وبخصوص موضوع الدعوى فإن

المدعين لم يثبتوا تملك العقار المدعى فيه للهالك عبد الكبير (ز) وأن الرسوم المدلى بها لا تتوفر على شروط بينة التملك المعتبرة شرعا وأن رسم الإراثة لا يثبت الملكية، وأن رسم موجب متخلف الذي اعتمده المدعون في دعواهم بمجرد تصريح صادر عنهم أدلوا به أمام العدلين وأن شهوده بمجرد مصرحين وخال من أي شرط من شروط الملك المقررة فقها، وأن رسم الموجب عدد 288 كناش 111 المنجز بتاريخ 2009/12/30 المنجز من طرف المدعين شهادة شهوده بمجرد شهادة سماع وسنهم لا يسمح لهم بمعرفة الهالك الصحراوي (ب) المتوفى سنة 1900، وأن رسم موجب المتخلف عدد 11 كناش 99 المؤرخ في 2009/2/13 والمنجز من طرف المسمى محمد (ر) تراجع أربعة شهوده عن شهادتهم فيه ويتعلق الأمر بالشهود: التهامي (ش) والعياشي (ع) ومحمد (ص) ومحمد (م)، ملتمسين الحكم بعدم قبول الدعوى شكلا واحتياطيا رفضها جوهرا، وبعد انتهاء الردود والإجراءات أصدرت المحكمة الحكم رقم 1732 بتاريخ 2010/6/15 في الملف عدد 2010/21/375 قضى بعدم قبول الطلب، فاستأنفه المدعون الطالبون، وبعد جواب المستأنف عليهم وانتهاء الردود والإجراءات أصدرت محكمة الاستئناف القرار رقم 4211 بتاريخ 2014/6/3 في الملف عدد 10/1/3696 قضى بتأييد الحكم المستأنف. وهو القرار المطعون فيه بالنقض من المستأنفين الطالبين بمقال تضمن وسيلتين، أجاب عنه نائب المطلوبين بمذكرة التمس فيها رفض الطلب.

وحيث يعيب الطالبون القرار المطعون فيه **في الوسيلة الأولى** بعدم ارتكازه على أساس قانوني وبفساد التعليل وهو بمثابة انعدامه، ذلك أن رسم إحصاء المتخلف المستدل به يعتبر حجة بين الورثة ما لم يدع أحدهم الاختصاص بالمتروك. والمحكمة لما استبعدته بعلة عدم توفره على موجبات الملك رغم أن أي أحد من المطلوبين لم يدع الاختصاص بالمتروك تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا وهو بمثابة انعدامه.

ويعيبونه في الوسيلة الثانية بتحريف إطار الدعوى وبانعدام التعليل، ذلك أن رسم موجب المتخلف يتضمن بأن الطالبين آلت إليهم حقوقهم في الملك المسمى – فدان المسن – إرثا من والدهم عبد الكبير (ز) وهي حقوق مشاعة مع المطلوبين وأن الملك المذكور متخلف من الجد الصحراوي (ب)، وأن صفة الطالبين الإرثية ثابتة ولا يوجد في الملف ما يثبت أن المطلوبين أدلوا بحجة لدحض رسم الموجب المذكور، وأن الحوز بين الورثة لا ينفع ما دام قد ثبت بأن الأرض موضوع التراع ملك للموروث وهذا لم ينازع فيه المطلوبون، ثم بين الأقارب فإن الوارث يحوز لنفسه ولغيره ما لم تستغرق حيازته أربعين سنة، وأن رسم الموجب المذكور أشار إلى ورثة الصحراوي (ب) وأولاده وورثتهم مع توفر عنصر القرابة والحيازة العائلية، والمحكمة لم تجر بحثا في الموضوع لمعرفة موقف المطلوبين حول رسم الموجب المذكور، ملتمسين لذلك نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إنه ردا على ما جاء في الوسيلتين مجتمعتين، فإن المحكمة أسست قضاءها على جواب المطلوبين ورثة التهامي بالحوز أبا عن جد لمدة تزيد على مائة سنة والمجيب بالحوز كما هو مقرر فقها لا يكلف بشيء إلا إذا أدلى القائم بحجة تامة مستجمعة لشروطها الفقهية والقانونية. والمحكمة في إطار سلطتها قومت موجب الإحصاء المستدل به من الطاعنين واستخلصت أنه لا يشكل حجة مثبتة للملك، إذ اكتفى بالإشهاد أن العقار من متخلف الهالك دون التنصيص على عناصر الملكية المحددة فقها، فكان بذلك قرارها مطابقا للمقتضيات الفقهية الواجبة التطبيق على النازلة وكان ما الوسيلتين على غير أساس ومن أجله يتعين رفض الطلب.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترهة **رئيسا** والسادة المستشارين امحمد لفطح **مقررا** وعمر لمين ومحمد عصبة والمصطفى بوسلامة **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد عمر الدهراوي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوبهوش.

القرار عدد 541
الصادر بتاريخ 19 يوليوز 2016
في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/741

إسقاط الحضانة – خبرة طبية على الحاضنة – بقاء المحضون عند حاضنته مراعاة لمصلحته.

إن المحكمة لما تبين لها من الخبرة الطبية أن الحالة العامة للحاضنة مستقرة الآن وأن وضعها الصحي لا يحول دون القيام بمهامها كحاضنة، واستخلصت من تصريح المحضون أن والدته تهتم به، وأن استقراره النفسي في حضنها كان له الأثر الايجابي على نتائجه الدراسية، وقضت برفض طلب إسقاط الحضانة بعلة أن مصلحته تكمن في بقائه عندها، تكون قد جعلت لما قضت به أساسا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه، أن الطاعن رشيد (و) تقدم بتاريخ 7 يناير 2013 بمقال إلى المحكمة الابتدائية بمكناس عرض فيه أنه كان متزوجا بالمدعى عليها فاطمة (و)، وأنهما أنجبا ابنا اسمه عبد الحكيم المولود سنة 2003 وأن المدعى عليها أصيبت بمرض مزمن هو تشمع الكبد والتهابه من نوع هيباتيد C الذي هو مرض لا يقوى صاحبه على القيام بأي نشاط فأحرى القيام بالمحضون وشؤونه، وأن المحضون بقي مهملا حتى انقطع عن الدراسة وتعرض للكسر في يده اليسرى ولم يعالج بصفة صحيحة، وأن المدعى عليها أعطته لخاله الذي يستغله لرعي المعز بالدوار،

والتمس الحكم بإسقاط حضانة المدعى عليها على ابنها عبد الحكيم منه وتسليمه له. وأجابت المدعى عليها بأن ما صرح به المدعى لا أساس له من الصحة لكونها شفيت من مرضها ولأن الطفل يتابع دراسته بجوارها ولأنها تستغرب من القول بكونه يرعى المعز لدى خاله، والتمس الحكم بعدم الاختصاص لكون المحكمة المختصة هي المحكمة الابتدائية بتاونات والحكم برفض الطلب. وبعد البحث وإجراء خبرة وانتهاء الإجراءات قضت المحكمة الابتدائية بتاونات – قسم قضاء الأسرة– بتاريخ 2014/12/10 بإسقاط حضانة المدعى عليها فاطمة (و) على ابنها عبد الحكيم وإسنادها لوالده المدعي، فاستأنفته المدعى عليها، وبعد جواب المستأنف عليه وإجراء المسطرة قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب. وهو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال من طرف الطاعن بواسطة دفاعه تضمن وسيلتين لم تجب عنه المطلوبة رغم توجيه الإعلام إليها.

وحيث يعيب الطاعن القرار في الوسيلتين الأولى والثانية بخرق مقتضيات المادتين 163 و173 من مدونة الأسرة، ذلك أن الملف الطبي للمطلوبة يتضمن شواهد طبية من عدة أطباء مختصين استندت على تحاليل ومعاينات اكلينيكية أكدت أنها تعاني من مرض مزمن وخطير ومعد وهو تشمع الكبد المعروف بالإيباتيت سين، وأن هذا ما يؤكده تقرير الدكتورة كميلية (ب) الطبيبة المختصة بالمستشفى الجامعي ابن سينا وشهادة الطبيب أنيس (ب) المختص في أمراض الجهاز الهضمي. وأن الخبير المعين من طرف المحكمة طالب المطلوبة بإجراء تحاليل طبية، فرفضت ذلك بذريعة عدم القدرة على أداء مصاريفها، وأن كل هذه الحجج تثبت باليقين أنها مريضة مرضا مزمنا خطيرا ومعديا، وأنه لا يمكن المخاطرة بإبقاء المحضون تحت حضانتها، وأن تعليل المحكمة بأن وضعها الصحي لا يحول دون القيام بمهامها كحاضنة يتنافى مع تقرير الخبرة الطبية الذي ينص على أن الأمر يتعلق بمريضة عمرها 32 سنة ذات سحنة ضاربة إلى اللون

الرمادي مع وهن مهم وحالة عامة متحفظ عليها، إضافة إلى ما تضمنته تقارير الأطباء المشار إليهم، مما يستوجب نقض القرار.

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار لما تبين لها من البحث بجلسة 2014/03/05 الذي حضرته المطلوبة وصرحت بأنها لم تكن مريضة بالتشمع الكبدي، وأنها الآن في وضعية صحية جيدة، وصرح ابنها المحضون عبد الحكيم بأنه يتابع دراسته في المستوى الرابع ابتدائي وأنه حصل على معدل 8 على 10 وأن والدته تهتم به و لم يقم أبدا بالرعي، وأن والده لم يزره قط بمنزل والدته ومن الخبرة الطبية المنجزة بتاريخ 2014/06/25 من طرف الدكتور محمد (ع) الذي من ضمن ما أفاد فيه أن الحالة العامة للمطلوبة مستقرة الآن وأن الوضع الصحي لها لا يحول دون القيام بمهامها كحاضنة، واستخلصت من تصريح المحضون أن والدته تهتم به، وأن استقراره النفسي في حضنها كان له الأثر الايجابي على نتائجه الدراسية، وأن مصلحته تكمن طبقا للمادة 186 من مدونة الأسرة في بقائه عندها، فإنها جعلت لما قضت به أساسا، و لم تخرق المادتين المحتج بهما، وما بالوسيلتين على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترهة رئيسا والسادة المستشارين: عمر لمين مقررا ومحمد عصبة وعبد الغني العيدر والمصطفى بوسلامة أعضاء. وبمحضر المحامي العام السيد عمر الدهراوي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة أوهوش.

الجزء الثالث

قرارات الغرفة التجارية

القرار عدد 358

الصادر بتاريخ 22 شتنبر 2016

في الملف التجاري عدد 2015/1/3/58

حكم تحكيمي – جواز الاتفاق على إيداعه بكتابة ضبط محكمة تجارية غير تلك التي صدر بدائرتها.

إن المحكمة لما ثبت لها من اتفاق الأطراف وأعضاء الهيئة التحكيمية على أن يتم إيداع الحكم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة التجارية موضوع الاتفاق، ردت ما تمسكت به الطالبة من أن الإيداع يجب أن يتم بكتابة ضبط المحكمة التجارية التي صدر بدائرتها الحكم أعلاه، وأيدت الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب بطلان الإيداع، يكون قرارها معللا تعليلا سليما، وغير خارق لمقتضيات الفصل 320 من قانون المسطرة المدنية، التي تضمنت قواعد غير آمرة يمكن أن تكملها إرادة الأطراف.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

وبناء على قرار السيد رئيس الغرفة بعدم إجراء بحث في القضية عملا بمقتضيات الفصل 363 من قانون المسطرة المدنية.

حيث يستفاد من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه، أن الطالبة شركة المصبرات المغربية (...) تقدمت بتاريخ 2013/10/15، بمقال لتجارية أكادير، عرضت فيه أنها عهدت للمطلوب حضورهما شركتي (...) و(...) بإعداد دراسة حول نشاطها الصناعي والتجاري، غير أن نزاعا نشب بين الطرفين بشأن

حقوقهما والتزاماتهما الناجمة عن هذه العلاقة، فلجأت الشركتان المذكورتان لمسطرة التحكيم من أجل فض نزاعهما مع المدعية، وعين كل فريق منهما محكمه، ويتعلق الأمر بالمطلوبين الثاني والثالث عبد الرفيع (م) ومحمد (ا)، بينما عين رئيس المحكمة التجارية بأكادير المطلوب الأول طارق (م) كمحكم ثالث رئيسا للهيئة التحكيمية، والتي بعد مباشرتها للإجراءات المسطرية، وإصدار حكمها التحكيمي، قامت بإيداعه بكتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير بتاريخ 23/09/2010، وهو إيداع باطل بسبب مخالفته لأحكام الفصل 320 من قانون المسطرة المدنية، إذ أشار ذلك الحكم في صفحته السادسة إلى عقد المحكمين لاجتماع بتاريخ 25/01/2010 قرروا خلاله تبليغ محضر تشكيل الهيئة التحكيمية المتضمن لمجموعة من القواعد الإجرائية من بينها "اعتبار عنوان المحكم محمد (ا) الكائن بالرقم 349 شارع محمد الخامس رقم 39-40 مقرا لإجراء التحكيم"، كما أشار ذات الحكم في صفحته السابعة إلى اتفاق الطرفين على وثيقة التحكيم التي نصت على "اعتماد نفس مقر التحكيم الذي تم تعيينه بموجب محضر تشكيل الهيئة التحكيمية المذكور"، وهو وضع كان يفرض على المحكمين إيداع حكمهم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة التجارية بالدار البيضاء، باعتباره صدر بدائرة نفوذها مع ما يستتبع ذلك من اختصاص رئيسها بتذييله بالصيغة التنفيذية، وليس المحكمة التجارية بأكادير. ملتمسة الحكم بإبطال إجراءات الإيداع التي بموجبها أودع المدعى عليهم (المحكمون) الحكم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير، مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية. وبعد جواب المدعى عليهم والمطلوب حضورهما في الدعوى شركتي (...) و(...)، أصدرت المحكمة التجارية حكمها برفض الدعوى، أيد بمقتضى القرار المطعون فيه من لدن المدعية شركة المصبرات المغربية (...) بوسيلة وحيدة.

في شأن الوسيلة الفريدة:

حيث تنعى الطاعنة على القرار فساد ونقصان التعليل وانعدامه وتحريف مضمون وثيقة ترتب عنه عيب في التعليل، بدعوى أنه استند في تأييده للحكم الابتدائي إلى " أن الحكم التحكيمي صدر بتاريخ 20/09/2010 أي بعد تحرير محضر الجلسة المحتج به المؤرخ في 29/07/2010، وأشار في الصفحة 14 منه صراحة – ومن غير تأويل من قبيل ما وقع الاحتجاج به – إلى قرار الهيئة التحكيمية المتخذ باتفاق مع دفاع الأطراف، والقاضي على وجه التخصيص بإيداع الحكم التحكيمي لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير بدل المحكمة التجارية بالدار البيضاء الواقع بدائرة نفوذها مقر التحكيم المحدد في وثيقة التحكيم "، وهو تعليل اعتد فقط بما ورد بوقائع الحكم التحكيمي من أن "الهيئة التحكيمية قررت باتفاق الأطراف قفل المناقشات وإيداع حكمها التحكيمي المنتظر لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير"، مع أن ما نسبه الحكم التحكيمي لمحضر جلسة 29/07/2010 غير صحيح وخاطئ ومخالف لمضمونه، إذ أنه نص فقط على "أن الاتفاق وقع على قيام الهيئة التحكيمية بالإيداع وفقا للنصوص الجاري بها العمل" وهو ما يعني أن الإيداع يجب أن يتم بكتابة ضبط المحكمة التجارية التي صدر الحكم في دائرتها وهي محكمة الدار البيضاء، وبذلك فقد كان على المحكمة المطعون في قرارها التقيد بما جاء في المحضر المذكور، وليس بما تضمنه الحكم التحكيمي من عرض خاطئ لمضمون ذلك المحضر، وعدم قيامها بما ذكر يجعل قرارها مشوبا بنقص وعيب التعليل، مما يتعين معه التصريح بنقضه.

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها من الحكم التحكيمي أنه تضمن اتفاق الأطراف وأعضاء الهيئة التحكيمية بجلسة التحكيم المنعقدة بتاريخ 20/09/2010 على أن يتم إيداع الحكم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة التجارية بأكادير، ردت ما تمسكت به الطالبة من أن الإيداع يجب أن

يتم بكتابة ضبط المحكمة التجارية بالدار البيضاء التي صدر بدائرتها الحكم، وأيدت الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب بطلان الإيداع ،معتمدة في ذلك التعليل الذي أوردته الوسيلة، والذي اعتدت فيه -وعن صواب- بالاتفاق المذكور الذي جاء لاحقا لمحضر 29/07/2010، هذا الاتفاق الذي يعد اتفاقا نهائيا ملزما لكل الأطراف، وهي بنهجها المذكور تكون قد أبرزت بما يكفي الأسس التي اعتمدتها في استبعاد المحضر السالف الذكر، الذي فضلا عن أنه تحدث فقط عن الجهة التي ستقوم بإيداع الحكم التحكيمي هي الهيئة التحكيمية، التي عليها أن تنجز ذلك وفق النصوص الجاري بها العمل، فهو لم يكن من شأنه أن يمنع الأطراف من الاتفاق لاحقا على تعيين محكمة أخرى غير محكمة مقر إجراء التحكيم، طلما أن الأمر يتعلق بنقل مكاني للاختصاص ليس إلا، وذلك ليس فيه أي خرق لمقتضيات الفصل 320 من ظهير 28/09/1974 بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية، التي تضمنت قواعد غير آمرة ممكن أن تكملها إرادة الأطراف، وبذلك لم يحرف القرار مضمون أي وثيقة وجاء معللا تعليلا سليما وكافيا والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد عبد الرحمان المصباحي **رئيسا** والمستشارين السادة: عبد الإلاه حنين **مقررا** وسعاد الفرحاوي ومحمد القادري وبوشعيب متعبد **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد رشيد بناني وبمساعدة **كاتب الضبط** السيدة مونية زيدون.

القرار عدد 374
الصادر بتاريخ 29 شتنبر 2016
في الملف التجاري عدد 2015/1/3/1458

جموع عامة – دعوة المساهمين لحضورها – النشر في إحدى الجرائد – أثره.

لئن كانت المادة 122 من قانون شركات المساهمة تجعل من توجيه الدعوة لكل واحد من المساهمين على حدة لحضور الجموع العامة مجرد مكنة في شركات المساهمة ذات الأسهم الاسمية، يمكن الاستعاضة بها عن توجيه الدعوى بواسطة النشر في إحدى الجرائد المختصة في نشر الإعلانات القانونية، التي تعد هي الطريقة الأصلية حسب الفقرة الأولى من المادة المذكورة، إلا أن تقدير نجاعة الوسائل المعتمدة في ذلك النشر – في حالة اعتماده– ومدى فعاليته من عدمها في تحقيق الغاية التي توخاها المشرع من استدعاء المساهمين للجموع العامة، والتي هي الإخبار بالجمع وموعد انعقاده ومواضيع جدول أعماله تظل خاضعة لمراقبة القضاء.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه، أن الطالبين ورثة حسن (ل) وورثة عبد السلام (ل) وورثة بسالم (ل) تقدموا بتاريخ 12/2013/24، بمقال لتجارية أكادير، عرضوا فيه أنهم مساهمون في المطلوبة الأولى شركة (...)، المتخذة لنفسها شكل شركة مساهمة، غير أن مسؤوليها الإداريين (المطلوبين الثانية والثالثة والرابع) زينب (س) ومريم (ل) وعبد العالي (ل) عقدوا

بتاريخ 10/2013/04 جمعا عاما غير عاد، ثم جمعا عاما آخر للمجلس الإداري بتاريخ 10/2013/05، اتخذت خلاله توصيات تتعلق بإعادة توزيع نصيب موروثي المدعين حسن (ل) وعبد السلام (ل)، دون أن يوجهوا لأي منهم الاستدعاء لحضور الجمعين المذكورين، وهو ما يعد خرقا لمقتضيات النظام الأساسي للشركة ولأحكام المواد 122 و124 من القانون رقم 95.17 المتعلق بشركات المساهمة، ملتمسين لأجل ذلك الحكم ببطلان الجمعين المذكورين والتوصيات التي اتخذها المجلس الإداري خلال اجتماعه موضوع طلب البطلان، والتشطيب عليها وعلى مقررات الجمع العام موضوع نفس الطلب من السجل التجاري للشركة، ونشر الحكم بجريدتين وطنيتين باللغتين العربية والفرنسية. وتقدم المدعى عليهم بمذكرة جوابية تمسكوا فيها بأن استدعاء المدعين للجمع العام موضوع طلب البطلان كان وفق الطريقة المقررة بمقتضى المادة 122 من القانون رقم 95.17، عن طريق نشر إشعار بالدعوة للجمعية العمومية بجريدة Nouvelles du Maroc عدد 942 بتاريخ 18شتنبر 2013، والذي احترم فيه أجل توجيه الدعوة المقرر بموجب المادة 123 من ذات القانون. وبعد تبادل المذكرات، أصدرت المحكمة التجارية حكمها برفض الطلب، أيد بمقتضى القرار المطعون فيه من لدن المدعين بوسيلتين.

في شأن الوسيلة الأولى:

حيث ينعى الطاعنون على القرار فساد ونقصان التعليل الموازيين لانعدامه، ذلك أن أسهم الشركة إسمية حسب المادة 12 من نظامها الأساسي، وذلك يستوجب ضرورة توجيه الدعوة لعقد جموعها العادية والاستثنائية عن طريق استدعاء الطالبين وفقا للشكل المنصوص عليه في ذلك النظام، غير أن المحكمة اعتبرت أن: "الشركة بتبليغها إشعارا لكافة المساهمين ونشره بصحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية،كما هو مستفاد من محتويات الملف ...يجعلها غير ملزمة بتوجيه استدعاء بالحضور للجمعية العامة إلى كل مساهم على حدة"، مع

أن المادة 122 من القانون رقم 95.17 ولئن نصت على إمكانية دعوة الجمعيات العامة للانعقاد بواسطة إشعار ينشر في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية، فإن الدعوة لتلك الجموع لا يمكن تصور تحققها إلا باستدعاء جميع المساهمين طبقا للقانون، وبذلك فالمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بعدم مراعاتها لما ذكر واقتصارها على تبني تعليلات الحكم المستأنف تكون قد خرقت المقتضيات القانونية السالفة الذكر وجعلت قرارها منعدم التعليل، مما يناسب التصريح بنقضه.

حيث تمسك الطالبون بمقتضى مقالهم الاستئنافي "بأن الصفة الاسمية لأسهم الشركة تقتضي من جهاز التسيير التقيد بمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 122 من القانون رقم 95.17 واستدعاء كل واحد منهم للجمع العام موضوع طلب البطلان وفق الكيفية المقررة بمقتضى النظام الأساسي للشركة عوض الاقتصار على توجيه الدعوة لهم عن طريق نشرها بجريدة Nouvelles des Maroc "، غير أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ردت ذلك بما مضمنه "أن النظام الأساسي للشركة في فصله 37 ينص على طريقة دعوة الجمعيات العامة للانعقاد، وهي ذات الطريقة المقررة بموجب المادة 122 من قانون شركات المساهمة، وأن الشركة المستأنف عليها سلكت الطريقة الأصلية لدعوة الجمعية المطعون فيها للانعقاد، بإقدامها على تبليغ إشعار لكافة المساهمين ونشره بصحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية، ... واحترمت الأجل الفاصل بين تاريخ نشر الإعلام وتاريخ الانعقاد عملا بالمادة 123 من نفس القانون ... ولم تكن ملزمة بتوجيه استدعاء إلى كل مساهم على حدة "، في حين ولئن كانت المادة 122 المتحدث عنها تجعل من توجيه الدعوة لكل واحد من المساهمين على حدة لحضور الجموع العامة مجرد مكنة في شركات المساهمة ذات الأسهم الاسمية، يمكن الاستعاضة بها عن توجيه الدعوى بواسطة النشر في إحدى الجرائد المختصة في نشر الإعلانات القانونية، التي تعد هي الطريقة الأصلية حسب

الفقرة الأولى من تلك المادة، إلا أن تقدير نجاعة الوسائل المعتمدة في ذلك النشر – في حالة اعتماده– ومدى فعاليته من عدمها في تحقيق الغاية التي توخاها المشرع من استدعاء المساهمين للجموع العامة، والتي هي الإخبار بالجمع وموعد انعقاده ومواضيع جدول أعماله تظل خاضعة لمراقبة القضاء. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي بالرغم من أنه ثبت لها عدم حضور الطالبين لجمع الشركة العام المطلوب إبطاله، الذين اقتصر المطلوبون على توجيه الدعوة لهم عن طريق النشر في جريدة Nouvelles des Maroc، اكتفت بوصف تلك الدعوة بأنها تمت بشكل قانوني، دون أن تناقش في صلب قرارها مدى فعالية وسيلة النشر المعتمدة في إعلام الطالبين بالجمع المذكور، أو تبرز فيه الأسباب التي حالت دون توجيه المطلوبين الدعوة المذكورة بالكيفية المقررة بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 122 السالفة الذكر، تكون قد أخلت بواجب الرقابة القضائية المخول لها، فجاء قرارها موسوما بالقصور في التعليل المنزل منزلة انعدامه عرضة للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد عبد الرحمان المصباحي **رئيسا** والمستشارين السادة: عبد الإلاه حنين **مقررا** وسعاد الفرحاوي ومحمد القادري وبوشعيب متعبد **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد رشيد بناني وبمساعدة **كاتب الضبط** السيدة مونية زيدون.

القرار عدد 402
الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2016
في الملف التجاري عدد 2015/1/3/750

خطاب الضمان – التزام البنك بوفاء المبلغ بمجرد وصوله إلى المستفيد.

إن خطاب الضمان ولئن صدر تنفيذا للعقد الرابط بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه، هي علاقة منفصلة عن علاقة هذا الأخير بالمدين المذكور، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقا يحكمه خطاب الضمان، وإلا اعتبر متماطلا من تاريخ أول طلب.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه، أنه بتاريخ 30/04/2008 تقدمت المطلوبة شركة (...) بمقال لتجارية البيضاء، عرضت فيه أن الطالب البنك المغربي للتجارة الخارجية مدين لها بمبلغ 1.386.000,00 دينار ليبي و17.010.000,00 فرنك فرنسي مترتب عن ثلاثة خطابات ضمان صادرة عن البنك المذكور قصد كفالة المطلوبة حضورها شركة (...) وتؤدى عند أول طلب، ولقد طالبه المدعي بأدائها في 28/11/2000 بواسطة ثلاث رسائل تلكس، توصل بها المدعى عليه في نفس اليوم ولم يستجب لأي واحدة منها، فاستصدر في مواجهته أمرا بالأداء قضى عليه بأداء مبلغ 52.670.520,00 درهما من قبل أصل الدين دون الفوائد بسبب عدم تمكن المدعي من الإدلاء بما يثبت سعرها في

ليبيا، وهذا الأمر تم تأييده استئنافيا بمقتضى القرار عدد 984 بتاريخ 01/11/2007 في الملف عدد 420/2007، وهو المبلغ الذي أداه المدعى عليه بتاريخ 13/11/2007 بواسطة شيك بنكي، وبذلك يكون من حق المدعي المطالبة بفوائد التأخير الاتفاقية حسب السعر الجاري به العمل في ليبيا كما نصت على ذلك خطابات الضمان الموقعة من طرف المدعى عليه، علما أن هذا الأخير امتنع عن الأداء رغم مطالبته بذلك منذ 28/11/2000، وهذا التأخير استمر سبع سنوات تقريبا، استفاد خلالها البنك من ريع بمبلغ 52.670.520,00 درهما، وأن الفوائد التي يطالب بها الطالب حاليا لا تغطي سوى جزء بسيط من الفوائد والأرباح التي كان بمكنه تحقيقها، وعلى كل فإن الفوائد المطالب بها لها طبيعة اتفاقية ملزمة للبنك حسب السعر المعمول به، وهو المبين بشهادة سعر الصرف من مصرف ليبيا التي حددت سعر الفائدة بتاريخ أول مطالبة 28/11/2000 في 7% بخصوص التسهيلات الائتمانية الممنوحة بضمان، ومن ثم يكون المبلغ المستحق له عن المدة من28/11/2000 إلى 13/11/2007 هو 25.732.536,28 درهما، كما أنه محق أيضا في الفوائد القانونية ابتداء من تاريخ أول مطالبة إلى يوم التنفيذ وهي المحددة نسبتها في 6% بمقتضى ظهير 09/10/1913 المعدل بظهير 16/06/1950، وذلك باعتبارها تعويضا قانونيا عن تأخر المدين عن الوفاء بمبلغ من النقود معلوم المقدار وقت المطالبة كما هو الحال في النازلة، ملتمسا الحكم له بمبلغ 536,28.723.25 درهما عن فوائد التأخير من تاريخ 28/11/2000 إلى 13/11/2007 والفوائد القانونية من تاريخ 28/11/2000 إلى يوم التنفيذ والصائر، وتقدم البنك المدعى عليه بمذكرة جوابية مع طلب إدخال المكفولة شركة (...) في الدعوى، ملتمسا أساسا الحكم بعدم قبول الدعوى واحتياطيا برفضها، وبعد التعقيب وجواب المدخلة في الدعوى، قضت المحكمة التجارية بأداء البنك المغربي للتجارة الخارجية لفائدة المدعية شركة (...) مبلغ 23.481.912,71 درهما عن فوائد التأخير عن المدة من 30/06/2001 إلى 12/11/2007 والصائر، ورفض باقي الطلبات، استأنفه

المدعي مصرف (ص) جزئيا فيما قضى به من رفض الفوائد القانونية، وكذا فوائد التأخير عن المدة السابقة ل 30/06/2001، وأيضا استأنفه البنك المحكوم عليه. فقضت محكمة الاستئناف التجارية باعتبار استئناف البنك المغربي للتجارة الخارجية وإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به في مواجهته، والحكم من جديد برفض الطلب، ورد استئناف (...)، نقضته محكمة النقض بقرارها تحت عدد 407 بتاريخ 31/10/2013 بعلة " أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ألغت الحكم الابتدائي استجابة للاستئناف المرفوع من طرف المطلوب البنك المغربي للتجارة الخارجية وقضت من جديد برفض الطلب معللة ما انتهت إليه "بأنه لئن كان ثابتا قانونا أن فوائد التأخير تستحق إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، فان ذلك يفرض أن يكون التأخير في تنفيذ الالتزام يعود لإرادة المدين، أما إن كان التأخير في تنفيذ الالتزام يعود لسبب خارج عن إرادته كما هو الحال في النازلة حيث صدر قرار استعجالي نهائي يأمره بعدم تحويل مبلغ الكفالات لفائدة المستأنف عليه، فإن ما قام به الطاعن كان امتثالا للقرار المذكور، وأنه ما دام قد نفذ القرار النهائي الذي صدر في موضوع الدعوى داخل أجل عشرة أيام، فإن حالة المطل تكون غير ثابتة في حقه، ويكون ما خلص إليه الحكم المستأنف من أن البنك كان متماطلا في الوفاء بالدين منذ 30/06/2001، في غير محله ويتعين إلغاؤه والحكم من جديد برفض الطلب " مرتبة على ذلك رد استئناف الطالب الرامي إلى الحكم له بفوائد التأخير عن الفترة من 28/11/2000 إلى 30/06/2001 بعلة أنه أصبح غير ذي موضوع، بناء على التعليل الذي اعتمدته في جوابها على استئناف البنك المغربي للتجارة الخارجية، دون أن تناقش ما تمسك به الطالب (...) من أن المطلوب كان في حالة مطل بمجرد مطالبته بالأداء منذ 30/11/2000 طبقا لما نصت عليه خطابات الضمان المتميزة بخصوصيات استحقاقها عند أول طلب، فجاء قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه بهذا الخصوص عرضة للنقض " وبعد الإحالة، وتعقيب البنك المغربي للتجارة الخارجية بكون شركة (...)

وشركة (...) اتفقتا على تجديد خطابات الضمان إلى 30/06/2001، وهو ما جعل قرار محكمة الاستئناف الصادر بتاريخ 28/06/2001 يقضي بإرجاء التحويل إلى التاريخ المتفق عليه، وإلى حين صدور حكم نهائي، وبالتالي فإن المدعية لا تستحق أي فوائد عن الفترة السابقة لتاريخ 30/06/2001، قضت محكمة الاستئناف التجارية في الشكل بقبول استئناف (...)، وفي الموضوع باعتباره وإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بخصوص رفض فوائد التأخير عن المدة من 28/11/2000 إلى 30/06/2001 والحكم من جديد بأداء البنك المغربي للتجارة الخارجية لفائدة المستأنف مبلغ 2.170.915,99 درهم عن المدة المذكورة ورفض باقي الطلبات وهو القرار المطعون فيه من لدن المدعى عليه البنك المغربي للتجارة الخارجية بوسيلتين.

في شأن الوسيلتين مجتمعتين:

حيث ينعى الطاعن على القرار خرق حجية الشيء المقضي به والفصلين 451 من قانون الالتزامات والعقود و445 من قانون المسطرة المدنية وعدم ارتكازه على أساس قانوني سليم وانعدام التعليل ونقصانه الموازي لانعدامه، بدعوى أنه استدل بالقرار القضائي الصادر بتاريخ 08/06/2001، في الملف عدد 1239 القاضي "... بعدم تحويل قيمة الكفالات البنكية مع إرجاء هذا التحويل إلى ما بعد 30/06/2001 وإلى حين صدور حكم نهائي بين طرفي النزاع وهما شركة (...) من جهة والهيئة العامة لاستثمار مياه النهر الصناعي العظيم ..."، غير أن المحكمة لم تأخذ بما ورد فيه أو تبين سبب عدم إعمالها لمقتضياته، مما يشكل إخلالا بما للأحكام من حجية بين الأطراف.

كذلك تمسك الطاعن بمقتضى مذكرته الجوابية من بعد النقض المؤرخة في 18/09/2014 بكون المطلوبة وشركة (...) اتفقتا على تمديد خطابات الضمان إلى 30/06/2001، وهو ما جعل قرار محكمة الاستئناف الصادر بتاريخ

28/06/2001 يقضي بإرجاء التحويل إلى ما بعد التاريخ المتفق عليه، وإلى حين صدور حكم نهائي، ومن ثم فإن المدعية لا تستحق أي فوائد عن الفترة السابقة لتاريخ 30/06/2001، غير أن المحكمة لم تجب على ما ورد فيها، مما ينبغي نقض قرارها.

لكن، حيث عللت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ما انتهت إليه " بأنه تقيدا بقرار محكمة النقض موضوع قرار الإحالة وعلى خلاف ما تمسك به المستأنف في مستنتجاته بعد النقض، فإن المحكمة ستناقش أحقية الطاعن (...) في الفوائد الاتفاقية عن المدة ما بين 30/11/2000 إلى 28/06/2001 فقط، دون البت فيما قضى به القرار المنقوض بخصوص استئناف البنك المغربي للتجارة الخارجية الذي قضى برفض الطلب بخصوص الفترة من 30/06/2001 إلى 12/11/2007، وأنه لما كان الأمر في النازلة يتعلق بخطاب الضمان وهو عقد يتميز بخصوصيات تميزه عن عقد الكفالة فهو التزام أصلي مستقل عن الالتزام الذي يراد ضمانه على عكس عقد الكفالة الذي يبقى التزاما تبعيا، وهو بذلك يعد من الضمانات البنكية المستقلة التي توفر بطبيعتها للمستفيد ضمان السيولة عند أول طلب وضمان عدم الاعتراض على الأداء لأي سبب كان ويترتب على ذلك أن الالتزام بالأداء يصبح حالا بمجرد وقوع طلب الأداء من طرف المستفيد من الضمان، وأن الثابت من وثائق الملف أن الطاعن وجه ثلاث فاكسات للمستأنف عليه من أجل استخلاص المبالغ الواردة بخطاب الضمان توصل بها هذا الأخير بتاريخ 28/11/2000 دون تنفيذ ما التزم به، وأن امتناع المستأنف عليه عن الأداء عند أول طلب يجعله في حالة المطل الموجبة لتفعيل ما تم التنصيص عليه في خطاب الضمان وذلك باحتساب فوائد التأخير حسب السعر الجاري به العمل في ليبيا عن المدة من 28/11/2000 إلى 30/11/2007 أي ما مجموعه 2.170.915,99 درهم " وهو تعليل سليم يبرز أن خطاب الضمان وأن

صدر تنفيذا للعقد الرابط بين البنك والمدين المتعامل معه شركة (...)، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد (...) الذي صدر خطاب الضمان لصالحه، هي علاقة منفصلة عن علاقة هذا الأخير بشركة (...)، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد (...) بوفاء المبلغ الذي يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقا يحكمه خطاب الضمان، وإلا اعتبر متماطلا من تاريخ أول طلب، مستبعدة عن صواب الاتفاق بين المستفيد وشركة (...) بتمديد أجل الكفالات إلى 30/06/2001، لكون التمديد لم يتم باتفاق المصرف مع عميله، كما استبعدت ضمنيا كذلك ما وقع التمسك به من حجية القرار الاستعجالي الصادر بتاريخ 08/06/2001 لكونه صدر بين طرفين غير مصدر خطاب الضمان والمستفيد منه وهما الهيئة العامة لاستثمار مياه النهر الصناعي العظيم وعميل البنك المطلوب حضورها شركة (...)، ومن ثم لا يواجه به المستفيد من خطاب الضمان، وبذلك طبقت المحكمة صحيح أحكام خطاب الضمان من حيث ترتيب أثاره القانونية، وجاء قرارها غير خارق لأي مقتضى ومرتكزا على أساس ومعللا تعليلا سليما، والوسيلتان على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات الاعتيادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد عبد الرحمان المصباحي **رئيسا** والمستشارين السادة: بوشعيب متعبد **مقررا** وعبد الالاه حنين وسعاد الفرحاوي ومحمد القادري **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد رشيد بناني وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة مونية زيدون.

القرار عدد 430
الصادر بتاريخ 10 نونبر 2016
في الملف التجاري عدد 2015/1/3/397

خطأ البنك – حجز لدى الغير – تسهيلات للمحجوز عليها – تصريح سلبي – أثره.

لما ثبت للمحكمة أن حساب المحجوز عليها لم يكن بتاريخ تبليغ الأمر القاضي بالحجز للبنك الطالب يسجل أي رصيد دائن لفائدة هذه الأخيرة، واعتبرت أن مبالغ التسهيلات التي خولها لها طيلة المدة الفاصلة بين تاريخ التبليغ وتاريخ تقديمه للتصريح السلبي بمثابة دين لفائدتها، فإنها لم تراع الطبيعة الخاصة لهذه التسهيلات التي تحول دون اعتبار المبالغ موضوعها دينا لفائدة المحجوز عليها بذمة البنك الطالب، مع ما يستتبع ذلك من انتفاء صفة مدين المدين التي تعد شرطا لإلزام هذا الأخير بتقديم تصريحه الإيجابي، اعتبارا لأن تلك التسهيلات هي مجرد ائتمان خوله البنك للمحجوز عليها لاستعماله في تعاملاتها، تنعدم فيها الشروط القانونية التي تضفي عليه صفة المدين لها إزاءها، فجاء بذلك قرارها غير مرتكز على أي أساس.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

وبناء على قرار السيد رئيس الغرفة بعدم إجراء بحث في القضية عملا بمقتضيات الفصل 363 من قانون المسطرة المدنية.

حيث يستفاد من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه، أن المطلوب محمد (و) تقدم بتاريخ 22/07/2011، بمقال لتجارية أكادير، عرض فيه أنه بصفته

محاميا بهيئة المحامين بأكادير استصدر عن نقيب نفس الهيئة أوامر تم تأييدها بقرارات صادرة عن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بأكادير، قضت بتحديد الأتعاب التي يستحقها نظير دفاعه عن المطلوب حضورها شركة أكادير محيط في مبلغ 197.000,00 درهما، ولتنفيذ تلك الأوامر أوقع حجزا لدى الغير بين يدي الطالب البنك المغربي للتجارة والصناعة على الحساب البنكي للمدينة، انتهت إجراءاته بإدلاء البنك المذكور بتصريح سلبي، هذا ولقد اكتشف المدعي بعد ذلك أن ذلك التصريح كان وهميا غايته محاملة المحجوز عليها. ملتمسا الحكم على البنك المدعى عليه بأدائه له تعويضا مسبقا قدره 20.000,00 درهم، وإجراء خبرة على حساب المحجوز عليها البنكي عدد 010120054120013596 موضوع الحجز لدى الغير، لتحديد وضعيه ابتداء من تاريخ إيقاع الحجز الذي هو 03/05/2011 إلى تاريخ 16/05/2011 الذي تم خلاله الإدلاء بالتصريح السلبي، وجرد ما عرفه من عمليات للسحب والإيداع خلال تلك المدة، والتأكد من واقعة استخلاص مبلغ 51.407,00 دراهم من الحساب المذكور بمقتضى شيك يحمل رقم ACCN6480142 مؤرخ في 06/05/2011، وحفظ حقها في الإدلاء بمطالبها النهائية. وأجاب البنك المدعى عليه بأن الحساب المحجوز عليه كان مدينا بتاريخ تبليغه بالحجز، وأن الشيك المستدل به من لدن المدعي تم أداؤه فقط في إطار تسهيلات الصندوق المخولة للمحجوز عليها. ثم تقدم المدعي بمقال إضافي أكد فيه بأن البنك المدعى عليه يقر بصرفه قيمة الشيك السالف الذكر. ملتمسا الحكم عليه بأدائه له تعويضا قدره 95.000,00 درهم عما تسبب له فيه من ضرر بفعل عرقلته تنفيذ قرارات قضائية، فصدر حكم تمهيدي بإجراء خبرة عهد بها للخبير عبد الرحمان (ب)، الذي انتهى في تقريره إلى أن حساب المحجوز عليها عرف بعد إيقاع الحجز بتاريخ 03/05/2011 عمليات إيداع وسحب مستمرة، وأن هذه الأخيرة استفادت من تسهيلات في الأداء بلغ سقفها 2.953.687,00 درهما منذ التاريخ المذكور وإلى غاية 16/05/2011، ليتجاوز سقفها مبلغ 6.000.000,00 درهم خلال المدة من 17/05/2011 إلى

15/02/2012، وأن حسابها المذكور سجل أرصدة دائنة إيجابية بتواريخ 09/01/2012 و13/01/2012 و17/01/2012، وبعد تعقيب الطرفين، أصدرت المحكمة التجارية حكمها القطعي القاضي على البنك المدعى عليه بأدائه للمدعي تعويضا قدره 25.000,00 درهم، استأنفه المحكوم عليه، فأصدرت محكمة الاستئناف التجارية قرارا تمهيديا بإجراء خبرة جديدة عهدت بها للخبير محمد (ا)، الذي خلص إلى أن رصيد الحساب كان مدينا طيلة المدة الفاصلة بين تاريخ توصل البنك بقرار الحجز وتاريخ تصريحه السلبي، وأنه ظل خلال تلك المدة يعتمد مبلغ التسهيلات التي وضعها البنك رهن إشارة المحجوز عليها والبالغة 11 مليون درهم، وبعد تعقيب الطرفين، وتمام الإجراءات، صدر القرار القطعي القاضي بتأييد الحكم المستأنف، وهو المطعون فيه من طرف البنك المدعى عليه بوسيلتين.

في شأن الوسيلة الأولى:

حيث ينعى الطاعن على القرار عدم صحة التكييف القانوني وانعدام الأساس القانوني، ذلك أنه استند إلى " أن الثابت من وثائق الملف أن المحجوز عليها شركة (...) كانت تستفيد طيلة المدة الممتدة من تاريخ تبليغ الأمر القاضي بالحجز إلى تاريخ إدلاء البنك بتصريحه السلبي من تسهيلات في الأداء، حدد سقفها في 11 مليون درهم ...، وأن تسهيلات الصندوق والسحب على المكشوف وكل ما في حكمها من وسائل الائتمان الأخرى التي يستفيد في إطارها المدين من ائتمان يتجاوز في كثير من الحالات رصيده الفعلي قابلة للحجز، تعد عقد قرض فعلي في حدود المبالغ المستعملة من طرف الزبون وإن كانت تكيف ابتداء على أنها وعد بالقرض، ومن ثم فإن البنك بإدلائه بتصريح سلبي رغم تمتيعه المحجوز عليها من تسهيلات بنكية تجاوزت بكثير المبلغ موضوع الحجز، يكون قد أخل بالضوابط التي سبق تفصيلها، مما يشكل خطأ موجبا لمسؤوليته "، وهو تعليل غير مستساغ، ينم عن عدم فهم المحكمة للطبيعة

القانونية للائتمان عن طريق فتح الاعتماد (البسيط) كالمكشوف المرخص به أو ما يطلق عليه تسهيلات الصندوق، الذي تستفيد منه المحجوز عليها وعدم إعطائه التكييف القانوني السليم، اعتبارا لأنه ولئن كان الائتمان بالإقراض المباشر في شكله البسيط يلتقي مع الائتمان عن طريق فتح الاعتماد في أن كلا منهما توفر فيه المؤسسة البنكية مبلغا ماليا للزبون لاستخدامه في أغراضه الخاصة أو المهنية، فإن القرض يتميز بكون البنك يقوم بمقتضاه فعلا بدفع مبلغ القرض للزبون عن طريق تسجيله بالرصيد الدائن لحسابه، بينما في عقد فتح الائتمان البسيط فإنه لا يقوم بذلك، وإنما يتعهد فقط بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف الزبون كلما كان ذلك ضروريا لعملياته التجارية، وعلى هذا الأساس فإن مبالغ التسهيلات المتفق عليها في هذا الإطار لا تندرج ضمن الرصيد الدائن ولا تكون بسبب ذلك قابلة للحجز خلاف ما انتهى إليه القرار المطعون فيه، مما يستوجب التصريح بنقضه.

حيث تمسك البنك الطالب بأن حساب المحجوز عليها وقت تبليغه بالأمر بإجراء الحجز كان يسجل رصيدا مدينا وأنه قدم على أساس هذه الوضعية تصريحه السلبي، فردته المحكمة بقولها " بأن المحجوز عليها شركة (...) كانت تستفيد طيلة المدة الممتدة من تاريخ تبليغ الأمر القاضي بإيقاع الحجز إلى تاريخ تصريح البنك السلبي من تسهيلات في الأداء حدد سقفها في مبلغ 11 مليون درهم ....، وأن تسهيلات الصندوق والسحب على المكشوف وكل ما في حكمها من وسائل الائتمان الأخرى التي يستفيد في إطارها المدين من ائتمان يتجاوز في كثير من الحالات رصيده الفعلي قابلة للحجز تعد عقد قرض فعلي في حدود المبالغ المستعملة من طرف الزبون، وإن كانت تكيف ابتداء على أنها وعد بالقرض، ومن ثم فإن البنك بإدلائه بتصريحه السلبي رغم تمتيعه المحجوز عليها من تسهيلات بنكية تجاوزت بكثير المبلغ موضوع الحجز يكون قد اخل بالضوابط التي سبق تفصيلها مما يشكل خطأ موجبا لمسؤوليته "، في حين يقتضي

إجراء الحجز لدى الغير وجود دين لفائدة المحجوز عليه بذمة المحجوز بين يديه وقت تبليغه بالأمر القاضي بالحجز، أي أن تتوفر في هذا الأخير صفة مدين المدين التي يشترط لقيامها ثبوت دين محقق بذمته. وتأسيسا على ذلك فالمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي على الرغم من أنه ثبت لها من وثائق الملف أن حساب المحجوز عليها شركة أكادير محيط لم يكن بتاريخ تبليغ الأمر القاضي بالحجز للبنك الطالب يسجل أي رصيد دائن لفائدة هذه الأخيرة، اعتبرت أن مبالغ التسهيلات التي خولها لها طيلة المدة الفاصلة بين تاريخ التبليغ وتاريخ تقديمه للتصريح السلبي بمثابة دين لفائدتها، دون أن تراعي الطبيعة الخاصة لهذه التسهيلات التي تحول دون اعتبار المبالغ موضوعها دينا لفائدة المحجوز عليها بذمة البنك الطالب، مع ما يستتبع ذلك من انتفاء صفة مدين المدين التي تعد شرطا لإلزام هذا الأخير بتقديم تصريحه الإيجابي، اعتبارا لأن تلك التسهيلات هي مجرد ائتمان خوله البنك للمحجوز عليها لاستعماله في تعاملاتها، تنعدم فيها الشروط القانونية التي تضفي عليه صفة المدين بها إزاءها، علما أن المستفيدة منها تصبح عند استعمالها لها مدينة بها لفائدته، فتكون بذلك قد بنت قرارها على غير أساس وجعلته عرضة للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد عبد الرحمان المصباحي **رئيسا** والمستشارين السادة: عبد الإلاه حنين **مقررا** وسعاد الفرحاوي ومحمد القادري وبوشعيب متعبد **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد رشيد بناني وبمساعدة **كاتب الضبط** السيدة مونية زيدون.

القرار عدد 460
الصادر بتاريخ 24 نونبر 2016
في الملف التجاري عدد 2014/1/3/738

علامة منتوج – ادعاء استنساخ رسومها ونماذجها حرفيا – انتفاء عنصر التشابه بين المنتوجين – أثره.

إن المحكمة لما ثبت لها أن شكل اللهيب المميز لعلامة المطلوبة يختلف في شكله لرسم اللهيب المسجل باسم الطالبة، استخلصت من ذلك انتفاء عنصر التشابه بين المنتوجين الذي من شأنه إيقاع الجمهور في الغلط، تكون قد طبقت صحيح أحكام مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 104 من القانون 97/17، ومارست السلطة المخولة لها قانونا في استقصاء مدى قيام فعل الاعتداء على رسوم الطالبة المكونة لعلامتها التجارية من عدمه، الذي لا يكفي للقول بقيامه مجرد تعلق الأمر بتسويق نفس المنتوج أو توجيهه لنفس الشريحة من الجمهور، وإنما يجب أن يتوفر لذلك عنصر التشابه في العلامة أو الرسوم الذي من شأنه إحداث لبس في ذهن هذا الجمهور بشأن المنتوج أو مصدره، فجاء بذلك قرارها معللا تعليلا سليما وكافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

وبناء على قرار السيد رئيس الغرفة بعدم إجراء بحث في القضية عملا بمقتضيات الفصل 363 من قانون المسطرة المدنية.

حيث يستفاد من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه أن الطالبة شركة (...) تقدمت بتاريخ 29/05/2012، بمقال لتجارية البيضاء، فتح له الملف عدد

10214/2012، عرضت فيه أنها معروفة بترويج وتوزيع مختلف المنتجات ومن ضمنها أقراص فحم الشيشة الحاملة لعلامة (...)، المودعة لدى المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية، وأن ترويجها لتلك المنتوجات يتم في نماذج صناعية للفحم عبارة عن دوائر مقعرة للتلفيفات، تتميز برسم اللهب بالألوان البني والبرتقالي والأصفر وبها رسم بارز لنصف تفاحة، وأن رسومها ونماذجها المذكورة مسجلة كذلك بالمكتب السالف الذكر بتاريخ 02/06/2003 تحت عدد 10873، غير أن المطلوبة شركة (...) قامت دون إذن منها باستنساخ رسومها ونماذجها حرفيا وتسجيلها باسمها، وهو ما يشكل اعتداء على حقوقها. ملتمسة الحكم عليها بالتوقف عن استعمال نموذج الفحم بشكل قرص دائري والرسوم بشكل لهب بالألوان الأصفر والبني والبرتقالي تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 1000 درهم عن كل يوم امتناع عن التنفيذ، والتشطيب على علامة (...) المسجلة باسمها تحت رقم 129079 بتاريخ 25/02/2010، ونشر الحكم بجريدتين واحدة باللغة العربية والأخرى باللغة الفرنسية على نفقتها.

وتقدمت المطلوبة شركة (...) بدورها بتاريخ 11/09/2012 بمقال افتتاحي مستقل لنفس المحكمة فتح له الملف عدد 13927/2012 عرضت فيه أنها قامت بإيداع العلامة التجارية (...) لدى المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية بتاريخ 25/02/2010 تحت عدد 129079 لحماية المواد التي تتاجر فيها، المندرجة ضمن الفئة 34 من تصنيفة نيس، المتمثلة في التبغ ومواد التدخين وأعواد الثقاب، غير أن المدعى عليها شركة (...) حجزت بمقتضى أمرين صادرين عن رئيس المحكمة التجارية منتجاتها، متسببة لها بذلك في أضرار مهمة، ذاكرة أن تسجيلها للعلامة المذكورة كان بتاريخ 25/02/2010 أي بتاريخ سابق لتاريخ تسجيل علامة المدعى عليها الذي لم يتم إلا بتاريخ 19/10/2010، وأن ما قامت به يشكل اعتداء على علامتها. ملتمسة الحكم عليها بالتوقف عن صنع وعرض وبيع واستيراد كل منتوج من صنف مواد تحمل علامة (...) والتوقف عن الأفعال التي تشكل تزويرا ومنافسة غير مشروعة وتقليدا لعلامتها

تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 10.000,00 درهم عن كل مخالفة، والتصريح بأن ما قامت به المدعى عليها من حجز لمنتجاتها يعد تعسفا، والحكم عليها بأدائها لها تعويضا عما لحقها نتيجة ذلك من ضرر مادي ومعنوي قدره 255.016,80 درهما، وإجراء خبرة لتحديد التعويض المناسب لها عما فاتها من ربح نتيجة استغلال المدعى عليها لعلامتها، وأدائها لها تعويضا آخر قدره 100.000,00 درهم ونشر الحكم وإتلاف المنتجات المحجوزة، والتشطيب على العلامة المودعة من طرف المدعى عليها، وبعد ضم الملفين وجواب الطرفين، أصدرت المحكمة التجارية حكمها بقبول الطلبين شكلا وفي الموضوع برفض الطلب المقدم من طرف شركة (...)، والحكم عليها بأدائها لفائدة شركة (...) مبلغ 155.016,80 درهما وتعويضا قدره 25.000,00 درهم والتشطيب على النموذج الصناعي المودع من طرفها بتاريخ 19/10/2010 تحت عدد 133768، ونشر الحكم، ورفض باقي الطلبات. استأنفته شركة (...)، فأيدته محكمة الاستئناف التجارية بمقتضى قرارها المطعون فيه، من لدن المستأنفة بوسيلة فريدة.

في شأن الوسيلة الوحيدة:

حيث تنعى الطاعنة على القرار نقصان التعليل الموازي لانعدامه، بدعوى أنه علل قضاءه "بأنه وبغض النظر عما دفعت به المستأنف عليها من انعدام عنصر الجدة والإبداع في رسوم ونماذج المستأنفة الثابت تسجيلها في 02/06/2003 بمقتضى شهادة التسجيل المدلى بها ابتدائيا، فإنه بإجراء مقارنة بين علامة المستأنف عليها كما وقع تسجيلها لدى المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية تحت عدد 12970 بتاريخ 25/02/2010 ورسوم ونماذج المستأنفة، لم يثبت للمحكمة أي تشابه بين تلك الرسوم والنماذج، وما تتضمنه علامة المستأنف عليها من رسوم، ذلك أن رسم اللهيب الذي تضمنته هذه العلامة الأخيرة جاء بشكل مغاير لشكل اللهيب الذي تضمنه الرسم المسجل باسم المستأنفة، مما ليس من شأنه خلق لبس في ذهن المستهلك المتوسط الإدراك،

خاصة وأن علامة المستأنف عليها تضمنت بالإضافة إلى رسم اللهيب اسم (...) بخطوط عريضة وهو ما يكفي لإزالة اللبس "، وهو تعليل يعتريه نقص وإبهام، لكونه لا يفصح عن توفر شرطي الجدة والإبداع في نماذج المطلوبة من عدمه، كما أنه متناقض مع التعريف القانوني للرسوم والنماذج الصناعية الوارد في المادة 104 من القانون رقم 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية والتجارية.

كذلك فإن الإقرار الوارد ضمن تعليل القرار المنوه عنه بثبوت تسجيل الطالبة لرسومها ونماذجها بتاريخ 02/06/2003 هو إقرار بأنها هي مبدعتها ومبتكرها وهو ما يعطيها الحماية عملا بالمادة 106 من القانون السالف الذكر، خاصة وأن المطلوبة أقرت بأنها لا تنازع في تلفيف نفس الفحم المملوك للطالبة تحت اسم آخر غير اسمها.

أيضا فإن تسجيل الرسوم والنماذج موضوع النزاع باسم الطالبة كان بتاريخ 02/06/2003، أي قبل تسجيل علامة المطلوبة الذي لم يتم إلا بتاريخ 25/02/2010، مما تكون معه هي الأولى بالحماية، عملا بالمادتين 112 و123 من القانون رقم 17/97.

ثم إنه ولئن كان شكل اللهيب الذي تضمنته علامة المطلوبة مغايرا لشكل رسم اللهيب الذي يتضمنه الرسم والنموذج الصناعي المسجل في وقت سابق باسم الطالبة، فإن ذلك ليس من شأنه أن ينفي احتمال اللبس في ذهن المستهلك المتوسط الإدراك بشأن مصدر المنتوج، خاصة وأن الطالبة كانت هي السباقة لطرح منتجاتها في السوق الوطنية المتميزة برسومها وألوانها ومن ضمنها رسم اللهيب الذي يميز منتجاتها عن المنتجات المنافسة لها، لاسيما وأن الأمر يتعلق بمنتوجات موجهة لنفس الشريحة من المستهلكين حاملة لرسم اللهيب وهو ما يقوي احتمال وقوع اللبس، اعتبارا لأن اختلاف شكل اللهيب يعد من قبيل الفوارق الثانوية التي ليس من شأنها إضفاء المشروعية على أعمال المطلوبة عملا بالمادة 124 من قانون حماية الملكية الصناعية والتجارية.

كذا أغفل القرار كون النزاع يتعلق باعتداء على نموذج الفحم الدائري المملوك للطالبة، ومزج بين العلامة التجارية والرسم أو النموذج الصناعي، مما يناسب التصريح بنقضه.

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها من واقع الملف المعروض عليها أن شكل اللهيب المميز لعلامة المطلوبة يختلف في شكله لرسم اللهيب المسجل باسم الطالبة، استخلصت من ذلك انتفاء عنصر التشابه بين المنتوجين الذي من شأنه إيقاع الجمهور في الغلط، فتكون بذلك قد مارست السلطة المخولة لها قانونا في استقصاء مدى قيام فعل الاعتداء على رسوم الطالبة المكونة لعلامتها التجارية من عدمه، الذي لا يكفي للقول بقيامه مجرد تعلق الأمر بتسويق نفس المنتوج أو توجيهه لنفس الشريحة من الجمهور، وإنما يجب أن يتوفر لذلك عنصر التشابه في العلامة أو الرسوم الذي من شأنه إحداث لبس في ذهن هذا الجمهور بشأن المنتوج أو مصدره، معتمدة في ذلك التعليل الذي أوردته الوسيلة، الذي جاء مستساغا قانونا وكافيا لتبرير نتيجة قضائها، اعتبرت فيه –وعن صواب– أن انتفاء احتمال إيقاع الجمهور في الغلط في المنتوجين، نتيجة اختلاف شكل اللهيب المكون لرسوم الطالبة عن رسم اللهب الذي تضمنته علامة المطلوبة وانفراد هذه الأخيرة بتضمينها اسم (...) بخطوط عريضة يغني عن مناقشة مدى توفر عنصري الجدة والإبداع، مطبقة بذلك صحيح أحكام مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 104 من القانون 97/17، التي تتيح استخلاص الاختلاف المميز للرسم أو النموذج الصناعي إما من اتخاذه لشكل مستقل يسهل التعرف عليه ويعطيه طابع الجدة، وإما من واحد أو أكثر من آثاره الخارجية التي تضفي عليه شكلا جديدا خاصا به، وبذلك فهي لم تخرق قاعدة حماية أولوية التسجيل التي تكفل الحماية للعلامة أو الرسم أو النموذج الأقدم تسجيلا، ولم تتناقض مع التعريف القانوني للرسم أو النموذج الصناعي، مادام أنها اقتصرت على القول بعدم وجود تشابه بين علامة المطلوبة

ورسم الطالبة. ولم تبين الوسيلة مكمن مزج القرار بين العلامة التجارية والرسم أو النموذج الصناعي، فجاء بذلك غير خارق لأي مقتضى ومعللا تعليلا سليما وكافيا والوسيلة على غير أساس فيما عدا ما هو غير مبين فهو غير مقبول.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد عبد الرحمان المصباحي **رئيسا** والمستشارين السادة: عبد الإلاه حنين **مقررا** وسعاد الفرحاوي ومحمد القادري وبوشعيب متعبد **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد رشيد بناني وبمساعدة **كاتب الضبط** السيدة مونية زيدون.

القرار عدد 136
الصادر بتاريخ 30 مارس 2016
في الملف التجاري عدد 2014/3/3/1099

عقد قرض – تمسك الدائن بأنه قرض عقاري – عدم منازعة المدين في ذلك – أثره.

لما كان القرض الممنوح من البنك الدائن للشركة المدينة يتعلق بالبناء والإصلاح، وأن البنك تمسك بأنه قرض عقاري، والمدينة لم تنازع في ذلك، فإنه يدخل ضمن أحكام الباب الثاني من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ولا تطبق عليه مقتضيات المادة 109 التي تتعلق بقروض الاستهلاك المنظمة بمقتضى الباب الأول من القانون المذكور.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 2014/04/29 في الملف رقم 13/12/821 تحت رقم 846 أن الطالبة (...) تقدمت بمقال أمام المحكمة التجارية بأكادير تعرض فيه أنها دائنة للمدعى عليها ماريا (ك) بمبلغ 143.596,50 درهم الثابت بعقد قرض مضمون برهن عقاري مؤرخ في 2003/05/22 وبكشف حساب بمبلغ 139.541,26 درهم موقوف في 2011/08/23 امتنعت عن أدائه رغم إنذارها ملتمسة الحكم عليها بأداء مبلغ 143.596,50 درهم والفوائد البنكية والفوائد القانونية. وبعد أن تم تعيين قيم في حق المدعى عليها صدر الحكم بأداء المدعى عليها للمدعية مبلغ 133.913,74 درهم وفوائد التأخير من تاريخ

2011/08/25 إلى تاريخ التسديد الفعلي على ألا يتعدى سعرها الأقصى 2% من المبالغ المحكوم بها. استأنفته المحكوم عليها استئنافا أصليا والمدعية استئنافا فرعيا فصدر قرار تمهيدي بإجراء خبرة حسابية أنجزها الخبير عبد الرحمان (ب) الذي حدد المديونية المترتبة بذمة المستأنفة الأصلية في مبلغ 93.424,39 درهم وبعد التعقيب على الخبرة أصدرت محكمة الاستئناف التجارية قرارها القطعي القاضي بتعديل الحكم المستأنف وذلك بجعل المبلغ المستحق للمستأنف عليها أصليا محددا في 17.000,37 درهم وبتأييده فيما عدا ذلك وهو المطعون فيه.

في شأن الوسيلة الثانية :

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق القانون ذلك أن المحكمة المصدرة له أوردت تعليلا جاء فيه:" وأن الأقساط الغير الحالة المترتبة عن الفترة من 2011/08/23 إلى غاية 2018/07/05 تبقى غير مستحقة لعدم إدلاء المستأنف عليها أصليا بما يثبت إنذار المستأنفة بالدفع طبقا لما يقضي به الفصل 109 من قانون حماية المستهلك مما يتعين معه تعديل الحكم المستأنف بجعل المبلغ المستحق للمستأنف عليها أصليا محدد في مبلغ 17.000,37 درهم وتأييده فيما عدا ذلك" والحال أنه وعلى فرض أن القانون رقم 08-31 دخل حيز التنفيذ قبل تقديم المطالبة لدعواها فان موقع الفصل 109 هو الفرع الثامن "أحكام مشتركة" من الباب الأول " القروض الاستهلاكية" من القسم السادس "الاستدانة" من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك. فموضوع النازلة يتعلق بقرض عقاري يخضع لمقتضيات الباب الثاني " القرض العقاري" من القسم السادس " الاستدانة" من القانون المذكور وأن الفصل 109 وإن جاء في الفرع الثامن تحت عنوان " أحكام مشتركة" فإنه يتعلق بما قبله من فروع الباب الأول وليس بما بعده من أبواب، كما أن المادة 74 المندرجة في الفرع الأول " نطاق التطبيق" من الباب الأول " القروض الاستهلاكية" من القسم السادس تنص على أنه: "يستثنى من نطاق تطبيق هذا الباب ما يلي: "... القروض الخاضعة لأحكام الباب الثاني من هذا القسم".

والمادة 113 من قانون 08-31 المحددة لنطاق تطبيق القرض العقاري تدخل في الباب الثاني وبالتالي فهي مستثناة من نطاق تطبيق الباب الأول بما فيه المادة 109 وأن المواد 132 و133 و134 من الفرع الخامس من الباب الثاني من القسم السادس من قانون 08-31 المنظمة للتسديد المبكر أو التوقف عن الأداء في عقد القرض العقاري لم تحل قط على المادة 109 ولم تحدد في حالة المطالبة بالتسديد الفوري للرأسمال المتبقى شكلا أو إجراء معينا وان ما ذهبت إليه المحكمة يعد تطبيقا خاطئا للمادة 109 من قانون 08-31 ويعد خرقا للمادة 113 و132 و134 من نفس القانون ويشكل خرقا للفصل 3 من ق.م.م التي تلزم المحكمة بتطبيق القوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك صراحة، والحال أن الطاعنة طلبتها وتمسكت بها في جميع المراحل مما يجعل قرارها مخالف للقانون ويتعين نقضه.

لكن، حيث إن المادة 75 من قانون حماية المستهلك تنص على أنه: "يستثنى من نطاق هذا الباب ما يلي:

- القروض الممنوحة لمدة إجمالية تقل عن ثلاثة أشهر أو تعادلها.
- القروض المخصصة لتمويل حاجيات نشاط مهني وكذا القروض الممنوحة إلى الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام.
- القروض الخاضعة لأحكام الباب الثاني من هذا القسم"

ولما كان القرض الممنوح من الطالبة للمطلوبة يتعلق بالبناء والإصلاح وأن الطالبة تمسكت بأنه قرض عقاري والمطلوبة لم تنازع في ذلك وبالتالي فانه يدخل ضمن أحكام الباب الثاني من القانون المذكور ولا تطبق عليه مقتضيات المادة 109 التي تتعلق بقروض الاستهلاك المنظمة بمقتضى الباب الأول والمحكمة بتطبيقها للمادة المذكورة "109 من قانون حماية المستهلك"، تكون قد خرقت القانون المذكور وجاء قرارها عرضة للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات الاعتيادية بمحكمة النقض بالرباط وكانت الهيئـــة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد السعيد سعداوي **رئيسا** والمستشارين السادة السعيد شوكيب **مقررا** – محمد رمزي – محمد الصغير – محمد وزاني طيبي – **أعضاء** وبمحضر المحامي العام السيد **عبد العالي المصباحي** وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة مونية زيدون.

الجزء الرابع
قرارات الغرفة الإدارية

القرار عدد 1420
الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2016
في الملف الإداري عدد 2013/1/4/2517

تسوية الوضعية – النظام الأساسي لهيئة المتصرفين المشتركة بين الوزارات.

قرار التوقيف عن العمل إلى حين استكمال الملف الوظيفي – مشروعيته.

اعتبار المحكمة كون المادة 9 من المرسوم رقم 2.06.377 الصادر بتاريخ 2010/10/29 بشأن النظام الأساسي الخاص بهيئة المتصرفين المشتركة بين الوزارات تحدد فقط الإطار العام للشواهد التي تخول الحق في التوظيف ضمن درجة متصرف من الدرجة الثانية، والحال أن المادة المذكورة قد حددت إطارا حصريا لقائمة الشواهد المطلوبة مع إضافة إحدى الشهادات أو الدبلومات المحددة بقرار الوزير المكلف بتحديث القطاعات العامة.

إدلاء المطلوبة في النقض بشهادة لا تندرج ضمن الشهادات المحددة حصرا، ومطالبتها باستكمال ملفها الوظيفي عن طريق الإدلاء بقرار صادر عن وزارة تحديث القطاعات العامة، وعدم امتثالها لذلك يجعل قرار توقيفها مشروعا.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

يستفاد من أوراق الملف، ومن ضمنها القرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه، أن المدعية – المطلوبة في النقض – تقدمت بتاريخ 2011/08/23

بمقال أمام المحكمة الإدارية بالرباط، عرضت فيه أنها اجتازت بنجاح اختبارات التوظيف لدى الخزينة العامة للمملكة، وذلك حسب القرار رقم DE/4219 بتاريخ 2011/04/07، وأن الخزينة العامة للمملكة بعثت لها برسالة تتضمن قرار الموافقة على التوظيف، وشروط الالتحاق، وأنها وقبل التاريخ المحدد في الرسالة، الذي هو 2011/04/15، قامت بتقديم كافة الوثائق المطلوبة واجتازت نتيجة الفحص الطبي، وبالفعل تم توظيفها، وبدأت العمل منذ 2011/08/09، إلا أنه بتاريخ 2011/06/26 طلب منها مدير الموارد البشرية، الذي تعمل تحت مسؤوليته، الإدلاء بشهادة مطابقة الماستر الذي حصلت عليه من جامعة محمد الخامس أكدال – المدرسة المحمدية للمهندسين بالرباط –، وأخبرها كونها لا يمكنها الاستمرار في العمل إلا بعد الإدلاء بالشهادة المذكورة، واعتبرت تبعا لذلك كون قرار توقيفها مشوب بالشطط في استعمال السلطة، لكون الوثائق المطلوبة لا تتضمن أية شهادة للمطابقة، كما أن الشهادة المطلوبة تبقى مبهمة وغير مفهومة، لأنه إذا كان المقصود بها المعادلة فإن ذلك لا يعنيها، ما دامت المعادلة تطلب من خريجي المعاهد والكليات الأجنبية، ملتمسة لأجل ذلك الحكم على المدعى عليهم بإرجاعها إلى عملها، واعتبار أي قرار صادر في الموضوع مشوبا بالشطط في استعمال السلطة، والحكم بعد الإرجاع بتسوية وضعيتها ابتداء من 2011/05/05 إلى حين التنفيذ مع النفاذ المعجل. أجاب الوكيل القضائي للمملكة أصالة عن نفسه ونيابة عن وزير الاقتصاد والمالية والخازن العام للمملكة ملتمسا الحكم برفض الطلب. وبعد استكمال الإجراءات، أصدرت المحكمة الإدارية حكما قضى بإلغاء القرار المطعون فيه مع ترتيب الآثار القانونية عن ذلك، استأنفه الوكيل القضائي للمملكة بصفته هذه ونائبا عن السيدين وزير الاقتصاد والمالية والخازن العام للمملكة، فقضت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتأييد الحكم المستأنف، وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض.

في وسيلتي الطعن مجتمعتين للارتباط:

حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بخرق القانون، وبانعدام الأساس القانوني، وفساد التعليل الموازي لانعدامه، وذلك لمخالفته لمقتضيات المادة 9 من المرسوم رقم 2.06.377 الصادر بتاريخ 2010/10/29 بشأن النظام الأساسي الخاص بهيئة المتصرفين المشتركة بين الوزارات، ما دامت الشهادة التي أرفقتها المطلوبة في النقض بملف توظيفها لا تخولها التوظيف في إطار متصرف من الدرجة الثانية، لأنها غير منصوص عليها في المادة 9 المذكورة أعلاه، وبالتالي كان لزاما على الإدارة أن تتأكد من أن تلك الشهادة تخولها التوظيف في الإطار المبين، وأنه لا يمكن أن يتم ذلك إلا من خلال توجيه المعنية بالأمر إلى مصالح وزارة تحديث القطاعات العامة، باعتبارها السلطة الحكومية المكلفة بالوظيفة العمومية للحصول على قرار بهذا الشأن، إلا أن المطلوبة في النقض لم تدل بأية وثيقة صادرة عن مصالح الوزارة المذكورة تفيد كون الشهادة المدلى بها تخول التعيين المطلوب، مما يستتبعه عدم توفرها على الشروط القانونية التي يستوجبها التوظيف في الإطار المذكور، كما أن المحكمة مصدرة القرار اعتبرت القرار المطعون فيه متسما بالشطط في استعمال السلطة لعيب الانحراف ومخالفة القانون لما طلبت الإدارة من المطلوبة في النقض، بعد اجتيازها لمراحل توظيفها، الإدلاء بشهادة المعادلة للدبلوم الذي تقدمت به للتوظيف ما دام صادرا عن مؤسسة عمومية وطنية لا تحتاج شهاداتها إلى معادلة، والتي تكون مطلوبة فقط بالنسبة للدبلومات والشهادات الأجنبية، واستند الطاعن في وسيلته على عدة اعتبارات من بينها كون المادة 9 من المرسوم رقم 2.06.377 الصادر بتاريخ 2010/10/29 بشأن النظام الأساسي الخاص بهيئة المتصرفين المشتركة بين الوزارات لم تحدد الإطار العام للشواهد التي تخول الحق في التوظيف ضمن درجة متصرف من الدرجة الثانية، وإنما حددت الدبلومات التي يتأتى بها التعيين في الإطار المذكور، بدليل أن النقطة الثالثة من الفقرة الثانية منها قد أكدت على صدور قرار عن

السلطة الحكومية، أي وزارة تحديث القطاعات العامة، لتحديد الشهادات والدبلومات غير تلك الواردة في المادة المذكورة، مما يعني أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قد أولت المادة 9 بغير ما نصت عليه، وبغير ما أكده المشرع، بشكل أفرغ هذه المقتضيات من محتواها، وألزم الإدارة بالتوظيف في هذا الإطار بناءا على أية شهادة أو دبلوم يتم تقديمه لمجرد أنه صادر عن مؤسسة تعليمية عليا وطنية، كما أنه وبعكس ما ورد في القرار الاستئنافي، فإن عدم صدور القرار بتحديد لائحة الدبلومات والشهادات التي يتأتى بها التعيين في إطار متصرف من الدرجة الثانية، غير تلك الواردة في المادة 9 المشار إليها أعلاه، يلزم المعني بالأمر بالإدلاء بما يفيد كون الدبلوم المدلى به من طرفه يخوله التوظيف في الإطار المذكور، أي يلزمه باستصدار قرار من السلطة الحكومية المكلفة بالوظيفة يتم بموجبه اعتبار ذلك الدبلوم من ضمن الدبلومات التي تخول التعيين في ذلك الإطار، وبالتالي فلا يمكن قلب هذا الالتزام على الإدارة بإلزامها بالإدلاء بما يفيد استثناء ذلك الدبلوم من قائمة الشهادات التي يتأتى بها التوظيف، مما يجعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض.

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه، ذلك أن المحكمة مصدرته اعتبرت كون المادة 9 من المرسوم رقم 2.06.377 الصادر بتاريخ 2010/10/29 بشأن النظام الأساسي الخاص بهيئة المتصرفين المشتركة بين الوزارات تحدد فقط الإطار العام للشواهد التي تخول الحق في التوظيف ضمن درجة متصرف من الدرجة الثانية، ومن ضمنها الشهادة المحصل عليها من طرف المطلوبة في النقض، دون أن تحدد إطارا حصريا لقائمة الشواهد المطلوبة، والحال أن المادة 9 المذكورة قد حددت الشواهد والدبلومات المطلوبة للتوظيف في الإطار المذكور بدقة وعلى سبيل الحصر، مضيفة إلى التعداد المذكور إحدى الشهادات أو الدبلومات المحددة بقرار الوزير المكلف بتحديث القطاعات العامة طبقا لمقتضيات المرسوم رقم 2.04.23 الصادر في 4 ماي 2004، وبما أن المطلوبة

في النقض قد أدلت بدبلوم ماستر في إدارة المخاطر المالية، الذي لا يندرج ضمن الشهادات والدبلومات المحددة حصرا في المادة 9 أعلاه، فقد طالبتها الإدارة باستكمال ملفها الوظيفي عن طريق الإدلاء بقرار صادر عن وزارة تحديث القطاعات العامة، وذلك في غياب صدور قرار وزيرها المذكور، لتزكية الشهادة المستدل بها من طرفها، ولتأكيد كونها من الشهادات التي تخول التوظيف في الإطار المذكور، وليس بمفهوم المعادلة الذي اعتمده القرار المطعون فيه، مما تكون معه المحكمة مصدرته قد أولت المادة 9 تأويلا خاطئا، فضلا عن تحميلها للإدارة عبء إثبات صدور القرار المشار إليه في المادة 9 المذكورة، وكونه استثنى شهادة المطلوبة في النقض من قائمة الشواهد التي تمنح الحق في التوظيف ضمن أطر متصرفي الإدارات العمومية من الدرجة الثانية، يتضمن خرقا لقواعد الإثبات والجهة المكلفة به، مما يكون معه القرار المطعون فيه متسما بفساد التعليل الموازي لانعدامه وغير مرتكز على أساس قانوني سليم مما يناسب نقضه.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة الإدارية (القسم الأول) السيد عبد المجيد بابا اعلي والمستشارين السادة: عبد العتاق فكير مقررا، احمد دينية، عبد الرحمن بن امحمد مزوز، نادية للوسي وبمحضر المحامي العام السيد سابق الشرقاوي، وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة حفصة ساجد.

القرار عدد 336
الصادر بتاريخ 09 يونيو 2016
في الملف الإداري عدد 2014/2/4/1184

تسوية الوضعية الإدارية – حدود حق الخيار في سلوك دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل.

من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان من حق الموظف أو العامل لدى مؤسسة عمومية أو جماعية أن يختار بين سلوك دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل للحصول على تسوية وضعيته الإدارية، فإنه لا يمكن له أن يتجاوز آجال الطعن المحددة لممارسة دعوى الإلغاء وينتقل إلى ممارسة دعوى القضاء الشامل، والحال أن قصده هو إلغاء قرارات إدارية تحصنت بمرور الأجل.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من أوراق الملف، ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2013/05/15 في الملف 8/12/178 أن الطالب عبد السلام (و) تقدم بمقال أمام المحكمة الإدارية بالرباط، عرض فيه أنه كان يشتغل لدى وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ابتداء من 1973/01/22 في إطار السلم 8 الرتبة 1 إلى غاية إحالته على المعاش بتاريخ 2007/12/31 في إطار السلم 24 الرتبة 33، موضحا أنه لم يستفد من الترقيات التي كان يجب أن يحصل عليها. والتمس الحكم بتسوية وضعيته الإدارية على أساس المرسوم المتعلق بالنظام الأساسي الخاص برجال التعليم الباحثين في

مؤسسات تكوين الإطارات العليا وذلك ابتداء من 1984/01/11 إلى تاريخ إحالته على التقاعد. وبعد الدفع بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية وصدور حكم قضى بانعقاد اختصاصها النوعي للبت في الطلب وتبادل الردود والأجوبة وإتمام الإجراءات المسطرية، صدر حكم قضى بعدم قبول الطلب. استأنفه المدعي فأيدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بقرارها المطعون فيه.

في شأن الوسيلة الوحيدة:

حيث يعيب الطالب القرار المطعون فيه بعدم الارتكاز على أساس من القانون والواقع وضعف الحيثيات وانعدامها، ذلك أن المحكمة مصدرته تشير إلى مجموعة من القرارات التي تحصنت بمرور الأجل وكانت تؤثر في وضعيته الإدارية دون أن تحدد هذه القرارات التي تحصنت من حيث التاريخ والمرجع والمحتوى ولا تاريخ تبليغه بها، كما أن العلم اليقيني يستوجب أن يكون له تاريخ معين وابتداء من التاريخ ينطلق أجل تحصن القرارات الإدارية، فلابد من إثبات تاريخ العلم علما يقينيا بكل قرار، كما أن القرار الاستئنافي لم يرد على جميع الدفوع.

لكن، حيث إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان من حق الموظف أو العامل لدى مؤسسة عمومية أو جماعية أن يختار بين سلوك دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل، للحصول على تسوية وضعيته الإدارية فإنه لا يمكن له أن يتجاوز آجال الطعن المحددة لممارسة دعوى الإلغاء وينتقل إلى ممارسة دعوى القضاء الشامل. والحال أن قصده هو إلغاء قرارات إدارية تحصنت بمرور الأجل. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللت قضاءها بما جاءت به من أنه: "لما كان الطلب المقدم بتاريخ 2009/04/24 يهدف إلى تسوية الوضعية الفردية للمستأنف منذ سنة 1984 إلى تاريخ إحالته على التقاعد في 2007/12/31 فإن تعاقب مجموعة من القرارات التي تحصنت بمرور الأجل وكانت مؤثرة في وضعيته الإدارية ونجم عنها حقا مكتسبا للمستفيد منها بعد فوات أجل الطعن

فيها ضمانا لمبدأ استقرار الأوضاع الإدارية وحفاظا على تلك المراكز القانونية سيما أمام عدم الطعن فيها في الآجال المنصوص عليها قانونا. يجعل الطلب غير مقبول"، تكون قد راعت بجمل ما ذكر ولا مجال للقول بأن المحكمة لم تشر إلى هذه القرارات ولم تبين تاريخ العلم بها ما دام أن واقع الملف يؤكد خلاف ذلك، خاصة وأن هذه القرارات ترجع إلى بداية الثمانينات وكان الطاعن يبلغ بها ويعلم بها لأنها تخص وضعيته الإدارية والمالية التي كانت تتغير وينتج عنها تغير في أجرته الشهرية إلا أنه بقي ساكتا إلى أن أحيل على المعاش وتحصنت بمرور الأجل. مما يكون معه القرار المطعون فيه مرتكزا على أساس قانوني ومعللا تعليلا سائغا والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة الإدارية (القسم الثاني) السيد سعد غزيول برادة **رئيسا**، والمستشارين السادة: محمد بوغالب **مقررا** وسعاد المديني وسلوى الفاسي الفهري وأحمد البوزيدي **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد حسن تايب، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد منير العفاط.

القرار عدد 412
الصادر بتاريخ 14 يوليوز 2016
في الملف الإداري عدد 2014/2/4/3070

طرق عمومية – تعويض عن الأرض المملوكة للغير المحدثة فوقها.

لما كانت الطرق العمومية تعتبر بعد إحداثها أملاكا عامة وأن تحديدها يتم بمرسوم، فإن هذا الوصف لا يعفي الجهة المحدثة لمثل هذه الطرق من أداء التعويض عن الأرض المملوكة للغير المحدثة فوقها هذه الطرق وفقا للضوابط والحدود المرسومة لذلك عند سلوك مسطرة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة أو في إطار القواعد العامة متى كان إحداثها قد تم في إطار اعتداء مادي.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 2608 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/06/03 في الملف عدد 6/2013/786 أن السيد سعيد (ل) تقدم بمقال أمام المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 30 مارس 2010، عرض فيه بواسطة دفاعه أنه يملك القطعة الأرضية الفلاحية الكائنة بمزارع "..." عمالة طنجة أصيلة ولاية طنجة الملك المسمى "..." البالغة مساحتها 8 مراجع المحدودة غربا وجنوبا بطريق يفصلها عن المركب السكني "..." وشرقا بملك الغير يفصل بينهما حائط وشمالا بطريق معبدة عريضة ووسطها مبني بالزفت والكرافيط، كما أن الطريق التي تحد عقاره شمالا تربط "..." و"..." عبر الموقع المسمى "..." وأن المدعى عليها قامت بوضع يدها على هذه القطعة من أجل إحداث طريقين من الجهة الشرقية وهو ما يعتبر اعتداء

ماديا على عقار الغير ملتمسا الحكم لفائدته بتعويض مؤقت مبلغه 10.000 درهم مع الأمر بإجراء خبرة من أجل تحديد التعويض عن القيمة العقارية وكذا الحرمان من الاستغلال وأجابت وزارة التجهيز بمذكرة تلتمس فيها عدم قبول الطلب شكلا وفي الموضوع برفضه. وبعد إجراء بحث في موضوع النزاع بواسطة السيد القاضي المقرر وإجراء خبرة بواسطة محمد (خ) أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط حكمها القاضي بأداء وزارة التجهيز والنقل لفائدة المدعى تعويضا على أساس مبلغ 3500 درهم للمتر المربع الواحد ومساحة 4099 متر مربع بالإضافة إلى تعويض عن الحرمان من الاستغلال بمبلغ 10.000 درهم وبرفض باقي الطلبات فاستأنف أصليا من طرف وزارة التجهيز والنقل وفرعيا من طرف سعيد (إ) أمام محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط التي قضت في الشكل بقبول الاستئنافين الأصلي والفرعي وفي الموضوع إلغاء الحكم المستأنف جزئيا فيما قضى به من تعويضات عن الحرمان من الاستغلال والحكم تصديا برفض الطلب في هذا الشق منه وبتأييده في الباقي وهو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف وزارة التجهيز.

في شأن الوسيلتين الأولى والثالثة للارتباط:

حيث تعيب الطالبة القرار المطعون فيه بعدم الجواب على دفع من دفوع الأطراف الموازي لانعدام التعليل وانعدام الأساس، ذلك أنه تمت إثارة في المقال الاستئنافي كون الحكم الابتدائي قضى بتعويض عن قيمة العقار دون أن يصرح مقابل ذلك لفائدة الإدارة بنقل ملكيته مقابل التعويض مستدلة بقرار صادر عن محكمة النقض في هذا الصدد وأن عدم الجواب عن دفوع الأطراف يعتبر بمثابة نقصان التعليل ومن المعلوم أن نقصان التعليل يوازي انعدامه والقرار المطعون فيه لذلك عرضة للنقض.

لكن، حيث إنه فضلا عن أن الطاعنة لم يسبق لها أن تمسكت بطلب نقل ملكية الجزء من العقار المحدثة فوقه الطريق موضوع طلب التعويض عن الحرمان

الدائم منها وإنما اكتفت بسرد قرار صادر عن محكمة النقض بهذا الخصوص دون بيان لسياقه وموقعه من الدفع المثار أمام المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، فإن تصنيف الطريق رقم 802 موضوع التعويض المحكوم به من ضمن الأملاك العامة للدولة حسب المرسوم عدد 2.88.824 يخرجها من نطاق الملكية الخاصة للمطلوب في النقض ولا تحتاج لذلك إلى صدور حكم قضائي بنقل ملكيتها للدولة ما دام أن هذا الأمر تحقق بقوة القانون وبمقتضى المرسوم المشار إليه ومن ثم فإن ما أثير بالوسيلتين الأولى والثالثة غير جدير بالاعتبار.

في شأن الوسيلة الثانية:

حيث تعيب الطالبة القرار المطعون فيه بفساد الموازي لانعدامه، بدعوى أن عقار المدعى يدخل في جملة الأملاك العامة وذلك طبقا للمرسوم رقم 2.88.240 الصادر بتاريخ 20 يونيو 1988 المنشور بالجريدة عدد 3947 بتاريخ 22 يونيو 1988 المتعلق بشبكة طرق المواصلات الرئيسية والثانوية والثلاثية بإقليم طنجة الواردة بيانها بالجدول أدناه، وقد رسمت الطرق الرئيسية منها بخط أسود والثانوية بخط أحمر والثلاثية بخط أخضر في الخريطة ذات المقياس 1/200.000 الملحق بأصل هذا المرسوم ومن ضمن هذه الطريق، الطريق الثلاثية رقم 8019 من الطريق الثانوية 701 إلى الطريق الرئيسية 2 والتي عرضها من الجهة اليمنى 10.00 متر ومن الجهة اليسرى 10.00 متر والطرق الثلاثية 8022 من الطريق الرئيسية 2 إلى سيدي قاسم، والتي عرضها من الجهة اليمنى 10.00 متر ومن الجهة اليسرى 10.00 متر واعتبار للمعطيات المذكورة فإن العقار المدعى فيه يعتبر من الأملاك العمومية التي تعتبر استنادا إلى الفصل الرابع من قانون الأملاك العمومية غير قابلة للتملك أو التفويت ولا تكتسب ملكيتها بالتقادم، وأن المرسوم يتضمن جدولا يشير بدقة إلى طرق المواصلات الرئيسية والثانوية والثلاثية بإقليم طنجة وهو حجة كافية في الإثبات، وأن الخبرة المنجزة والتي أثبتت أن الطريق العمومية تشق العقار المدعى فيه لم تأت بجديد ذلك أن

العارضة تقر بذلك ولكنها تتمسك بكون هذا العقار يدخل ضمن الأملاك العمومية بحسب المرسوم رقم 240882، وبالتالي يكون القرار المطعون فيه فاسد التعليل.

حيث إنه لئن كانت الطرق العمومية تعتبر بعد إحداثها أملاكا عامة وأن تحديدها يتم بمرسوم كما هو الحال بالنسبة للمرسوم رقم 2.88.240 بتحديد الطرق الإقليمية والثانوية والثلاثية لجهة طنجة أصيلة. إلا أن هذا الوصف لا يعفي الجهة المحدثة لمثل هذه الطرق من أداء التعويض عن الأرض المملوكة للغير المحدثة فوقها هذه الطرق وفقا للضوابط والحدود المرسومة لذلك عند سلوك مسطرة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة أو في إطار القواعد العامة متى كان إحداثها قد تم في إطار اعتداء مادي، وبالتالي ولما ثبت للمحكمة من وثائق الملف ولا سيما شهادة المحافظ على الأملاك العقارية وشهادة رئيس الجماعة القروية كزناية وكذا من تصريحات ممثل الطاعنة أمام الخبير ومما استخلصه هذا الأخير في تقريره من كون الطريق الثلاثية رقم 8022 الواردة بمرسوم تحديد الطرق لمدينة طنجة تشق عقار المطلوب في النقض بعرض 20 مترا ولمساحة تقدر ب 4099 متر مربع. ورتبت على ذلك مسؤولية وزارة التجهيز والنقل عن الأضرار اللاحقة به من جراء حرمانه الدائم من المساحة المذكورة وقضت لفائدته بالتعويض عنها، فإنها تكون قد بنت قضاءها على أساس قانوني سليم ولم تخالف المرسوم المذكور المعتبر للطريق المشار إليها كملك عمومي، والوسيلة لذلك على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة

من رئيس الغرفة السيد سعد غزيول برادة **رئيسا** والمستشارين السادة: سلوى الفاسي الفهري **مقررة** وسعاد المديني ومحمد بوغالب وأحمد البوزيدي **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد حسن تايب وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة جميلة المغراوي.

القرار عدد 416
الصادر بتاريخ 14 يوليوز 2016
في الملف الإداري عدد 2014/2/4/2904

تعويض عن الأضرار الناتجة عن قرار إداري - مدى مشروعية جوهر القرار من عدمه.

لئن كان بإمكان المتضرر من قرار إداري الحق في طلب التعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا القرار الذي تحصن بفوات أجل الطعن فيه بالإلغاء فإن ذلك رهين بمدى مشروعية جوهر القرار من عدمه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من أوراق الملف، ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2011/05/12 في الملفين 6/2009/352 و6/2010/550 أن المطلوب الحسين (ب) علي تقدم أمام المحكمة الإدارية بالرباط بمقال، عرض فيه أنه يعمل كعون سلطة (مقدم) بالمقاطعة الحضرية (...) لحي (...) سلا، ونظرا للمهام المختلفة التي كان يتكلف بها خاصة ما يتعلق بالسكن العشوائي والباعة المتجولين والسلع المهربة ومكافحة الإرهاب، فإن عامل الإقليم حرص على إيصال المعلومات له مباشرة دون المرور عبر المصالح الأخرى، إلا أنه بعد تغيير العامل، فوجئ خلال شهر نونبر 2003 بلجنة تتكون من مدير الشؤون العامة بعمالة سلا ورئيس الدائرة وقائد دوار الجديد سلا تخبره بتوصلهم ببلاغ بوجود شخص يسكن رفقة أبنائه بدكان، وأن هناك أكواخا حديثة الإنشاء وهو ما نفاه، وبتاريخ 2003/11/14 أخبر من طرف قائد المقاطعة (...) بأنه

موقوف عن العمل، وهو القرار المطلوب فحص شرعيته لأنه جاء متسما بعيب انعدام السبب وعيب الانحراف في استعمال السلطة وخرق القانون لعدم مراعاة الضمانات التأديبية، والتمس الحكم له بتعويض لا يقل عن 4000.000 درهم عن الأضرار اللاحقة به. وبعد إجراء بحث وإتمام الإجراءات، صدر حكم قضى على الدولة المغربية (وزارة الداخلية) بأدائها لفائدة المدعي تعويضا قدره 80.000 درهم. استأنفه الطرفان، فأيدته محكمة الاستئناف الإدارية مع تعديله جزئيا بحصر التعويض المحكوم به في مبلغ 20.000 درهم بقرارها المطعون فيه.

في شأن الشق الرابع من الوسيلة الثانية:

حيث يعيب الطالب القرار المطعون فيه بفساد التعليلات القاضية بثبوت خطأ في جانب الإدارة برغم أن القرار موضوع النزاع هو قرار مشروع، ذلك أن الحكم المستأنف اعتبر أن المخالفات المنسوبة إلى المستأنف عليه لم يتم إثباتها، وأن قرار العزل لم يحترم حق المعني بالأمر في الدفاع والمحضر المدلى به غير كاف لإثبات احترام الإدارة للضمانات التأديبية، وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه إن كانت قد استبعدت العلة الأولى فإنها أبقت على العلة الثانية مما يؤكد على الأقل أنها اقتنعت بثبوت المخالفات المنسوبة للمعني بالأمر، وأنه بغض النظر عن أن مناقشة مشروعية القرار موضوع النزاع الحالي أضحت غير ممكنة لكونها جاءت خارج الأجل القانوني وفق ما تم بيانه أعلاه، فإن ما ذهبت إليه محكمة الدرجة الثانية لا يرتكز على أساس ذلك أن محضر اللجنة المدلى به هو وثيقة رسمية وأن عدم الأخذ بها وبمضمونها لا يمكن إلا إذا تم الطعن فيها بالزور ومن جهة ثانية فإن المعني بالأمر قد منحت له جميع الامتيازات والضمانات مما يعرض قرارها للنقض.

حيث إنه لئن كان بإمكان المتضرر من قرار إداري الحق في طلب التعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا القرار الذي تحصن بفوات أجل الطعن فيه بالإلغاء فإن ذلك رهين بمدى مشروعية جوهر القرار من عدمه والمحكمة مصدرة

القرار المطعون فيه لما عللت تأييدها للحكم المستأنف في مبدئه القاضي بالتعويض لفائدة المطلوب في النقض عن الأضرار اللاحقة به من جراء القرار المطلوب التعويض عن الأضرار الناتجة عنه بما جاءت به من أنه: "لئن كانت المستأنفة تذرعت بكونها منحت المستأنف عليه الضمانات التأديبية لما استدعته للمجلس التأديبي فإن الثابت من المحضر المذكور أنه لا توجد به أية إشارة لرد المستأنف عليه عن الإخلالات المهنية المنسوبة إليه بل تم الاقتصار فقط على تدوين عبارة وبعد الاستماع إليه التي لا يستشف منها أنه تم تمتيعه بالضمانات الكافية للدفاع عن نفسه"، فإنها تكون قد ناقشت شكليات القرار الذي لم يتم الطعن فيه بالإلغاء والذي تحصن من حيث شكليات إصداره والحال أن تقدير مدى مشروعية هذا القرار من حيث أسباب اتخاذه هو الذي يمكن أن يكون موضوع مناقشة شأن قيام مسؤولية الجهة مصدرة القرار عن الأضرار المطلوب التعويض عنها من عدمه مما جاء معه قرارها فاسد التعليل عرضة للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد سعد غزيول برادة والمستشارين السادة: محمد بوغالب مقررا وسعاد المديني وسلوى الفاسي الفهري والحسين المنتصر **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد حسن تايب وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة جميلة المغراوي.

القرار عدد 417
الصادر بتاريخ 14 يوليوز 2016
في الملف الإداري عدد 2015/2/4/1303

ضريبة على القيمة المضافة وضريبة على الشركات - ودادية سكنية – خضوع عقارها لمسطرة نزع الملكية – أثره.

إن المشرع الضريبي حصر بشكل مطلق حق الإعفاء الكلي من الضريبة على الشركات في الجمعيات أو الهيئات المعتبرة قانونا في حكمها غير الهادفة للحصول على ربح فيما يخص العمليات المطابقة فقط للغرض المحدد في أنظمتها الأساسية المتمثل بالنسبة للمطلوبة في إنجاز محلات سكنية خاصة بمنخرطيها، وليس تفويت عقارها عن طريق نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قضت بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتطبيق الإعفاء الكلي من الضريبة على الشركات على المبلغ المتحصل عليه كتعويض عن نزع الملكية الجبري لعقار المطلوبة، رغم أنها لم تثبت كونها اقتنت بمبلغ التعويض المتحصل عليه عقارا آخر من أجل تخصيصه لذات الغرض الذي أنشئت من أجله ولفائدة منخرطيها كودادية سكنية، يكون قرارها خارقا للقانون وفاسد التعليل الموازي لانعدامه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطلوب نقضه الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/11/26 في الملف عدد 14/7209/455 أن المطلوبة ودادية (...) تقدمت بمقال أمام المحكمة الإدارية

بالرباط، عرضت فيه أنها جمعية مؤسسة تحت اسم جمعية (...) وأنها لا تمارس أي تجارة أو بناءات عقارية متعددة ومتكررة، وفي إطار رغبة المنخرطين فيها قامت باقتناء عقار يقع بالمنطقة القروية للقصر الصغير مساحته 2 هكتار و47 آرا و45 سنتيارا لبناء شاليهات للاستغلال المشترك وتم التجهيز والبناء وتسلم كل منخرط سكنه وأصبح يشغله ويستغله، كما قامت مصلحة الضرائب بتسليم رفع اليد، وخلال سنة 2007 قامت الدولة بنزع الملكية و لم تعد الودادية هي المالكة منذ تاريخ نقل الملكية. وبعد مرور أزيد من 15 سنة توصلت من طرف مصلحة الضرائب في عنوان أحد المنخرطين بالرباط برسالة واحدة تحمل إشعارات للضرائب مجتمعة تخص الضريبة على القيمة المضافة المتعلقة بالبناء والضريبة على الشركات. وأقدمت على فرض ضريبي برسم السنوات 2008–2009–2010–2011 بصورة تلقائية بعدما أصبحت هذه الضرائب متقادمة ودون اتباع المسطرة، والتمست الحكم بإلغاء الضرائب المفروضة عليها. وبعد تبادل الردود والأجوبة وإتمام الإجراءات المسطرية، صدر حكم قضى بإلغاء الضرائب المطعون فيها، استأنفته إدارة الضرائب، فأيدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بقرارها المطعون فيه.

في شأن الوسيلة الوحيدة:

حيث تعيب الطالبة القرار المطعون فيه بخرق القانون، ذلك أن المحكمة مصدرته بنت موقفها على تطبيق غير سليم للقانون و لم تتقيد بالإطار القانوني المنصوص عليه في المادة 2 البند الثالث من المدونة العامة للضرائب الذي ينص على أن الجمعيات والهيئات المعتبرة قانونا في حكمها تخضع للضريبة على الشركات، وأن الودادية المطلوبة تقاضت تعويضا بسبب تفويتها للعقار الذي كان في ملكيتها في إطار مسطرة نزع الملكية، وأن القانون رقم 86-24 المتعلق بالضريبة على الشركات لا يتضمن أي استثناء يخص اعتماد المحاصيل التي تحصل عليها الودادية ولو تعلق الأمر بتفويت في إطار مسطرة نزع الملكية، فالواقعة

المنشئة للضريبة تتمثل في حصول المطلوبة على مدخول بغض النظر عن مصدر هذا الدخل. وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما لم تعتمد ما ذكر، فقد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض.

حيث تنص المادة 2-3 من المدونة العامة للضرائب على أنه: "تخضع وجوبا للضريبة على الشركات.... 3) الجمعيات والهيئات المعتبرة قانونا في حكمها"، وأن الوداية السكنية تندرج ضمن الجمعيات التي تعتبر شركات بحكم المادة 2 من المدونة المذكورة، وأنه إذا كانت هذه الشركات لا تستهدف الربح في إطار الهدف الذي أنشئت من أجله فإن تغيير هذا الهدف لأي سبب من الأسباب ولو كان خارجا عن إرادتها يخرجها من مجال الإعفاء المنصوص عليه في المادة 6 من نفس المدونة والتي تنص صراحة على أنه تعفى كليا من الضريبة على الشركات أو الجهات والهيئات المعتبرة قانونا في حكمها غير الهادفة للحصول على ربح فيما يخص العمليات المطابقة فقط للغرض المحدد في أنظمتها الأساسية، ومن المعلوم أن الغرض المحدد في النظام الأساسي لأي ودادية سكنية (المعتبرة من المنظور الضريبي شركة خاضعة للضريبة على الشركات) هو إنجاز مساكن خاصة بمنخرطيها دون تحقيق أي ربح، فإذا تغير وجه هذا الغرض لأي سبب من الأسباب زال مبرر الإعفاء الكلي من الضريبة. وبتطبيق هذه المقتضيات على نازلة الحال يتبين أن المطلوبة في النقض تقاضت تعويضا عن نزع الملكية لأجل المنفعة العامة بشأن العقار الذي كان مرصودا من طرفها للغرض الذي أنشئت من أجله، فإن حصولها على تعويض عن هذا العقار لا يندرج ضمن العمليات المطابقة فقط للغرض المحدد في أنظمتها الأساسية، وبالتالي يخرجها من دائرة الإعفاء الكلي للجمعيات أو الهيئات المعتبرة قانونا في حكمها من الضريبة على الشركات لأن المبلغ المتحصل عليه لم يرصد للعمليات المطابقة فقط للغرض المحدد في أنظمتها الأساسية، وبالتالي يبقى خاضعا للضريبة على الشركات طبقا للبند 1 من المادة 9 من المدونة العامة للضرائب والتي تنص على أنه: "يراد

بالعائدات المفروضة عليها الضريبة المشار إليها في المادة 8-1 أعلاه: ... ج) العائدات غير الجارية المتكونة من: 1- عائدات تفويت المستعترات.

غير أن زائد القيمة الملاحظ أو المحقق من طرف الشركات خلال الاستغلال أو في نهايته على إثر تفويت أو سحب بعض العناصر المجسدة أو غير المجسدة من الأصول الثابتة يخضع للضريبة بعد تطبيق التخفيضات المنصوص عليها في المادة 161 أدناه..."، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللت قرارها بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتطبيق الإعفاء الكلي من الضريبة على الشركات على المبلغ المتحصل عليه كتعويض عن نزع الملكية الجبري لعقار المطلوبة في النقض، بما جاءت به من أنه: "ما دامت المستأنف عليها لم يثبت أنها حادت عن الهدف الذي أنشئت من أجله أو مارست أغراضا أخرى خارجة عن تلك المحددة في نظامها الأساسي بإرادتها الحرة والمنفردة، فإن وضعها القانوني يبقى على حاله ولا يمكن أن تنتقل من حالة الإعفاء إلى حالة الخضوع للضريبة إلا بانتفاء شروط الإعفاء المعززة قانونا، وأن ما تمسكت به إدارة الضرائب من أن خضوع عقارها لمسطرة نزع الملكية قد غير من وضعيتها القانونية وجعلها خاضعة للضريبة على الشركات طبقا للمادتين 2 و6 من المدونة العامة للضرائب يبقى في غير محله طالما أن مسطرة نزع الملكية يعود أمر مباشرتها لجهة أجنبية عن المستأنف عليها وضدا على إرادتها"، فإنها تكون قد خالفت المقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه وطبقتها تطبيقا مخالفا لقصد المشرع الذي حصر بشكل مطلق حق الإعفاء الكلي من الضريبة على الشركات في الجمعيات أو الهيئات المعتبرة قانونا في حكمها غير الهادفة للحصول على ربح فيما يخص العمليات المطابقة فقط للغرض المحدد في أنظمتها الأساسية المتمثل بالنسبة للمطلوبة في إنجاز محلات سكنية خاصة بمنخرطيها"، وليس تفويت عقارها عن طريق نزع الملكية لأجل المنفعة العامة خاصة وأن المطلوبة لم تثبت للمحكمة كونها اقتنت بمبلغ التعويض المتحصل عليه عقارا آخر من أجل تخصيصه لذات الغرض الذي أنشئت من أجله ولفائدة منخرطيها، فجاء بذلك القرار المطعون فيه خارقا للقانون وفاسد التعليل الموازي لانعدامه وعرضة للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبهذا صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد سعد غزيول برادة **رئيسا** والمستشارين السادة: **محمد** بوغالب **مقررا**، وسعاد المدني، وسلوى الفاسي الفهري، واحمد البوزيدي **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد حسن تايب وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة جميلة المغراوي.

القرار عدد 562
الصادر بتاريخ 06 أكتوبر 2016
في الملف الإداري عدد 2015/2/4/1481

تسوية معاش تقاعدي – عدم أداء الواجبات المستحقة لدى النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد – خطأ الإدارة.

إن المحكمة لما ثبت لها خطأ الإدارة التي لم تكن تصرح بالمدعي بصفة منتظمة ودائمة، ولم تؤد الواجبات المستحقة لدى النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد، واعتبرت لذلك أن خطأ عدم تصحيح الخدمات اتجاه الصندوق المغربي للتقاعد كان نتيجة عدم أداء الواجبات المذكورة، ورتبت على ذلك مسؤولية الإدارة عن عدم التقيد بالضوابط القانونية، تكون قد بنت قضاءها على أساس سليم من القانون وعللت قرارها تعليلا كافيا وسليما.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق الملف، ومن القرار المطعون فيه رقم 5073 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/11/10 في الملف 11/785/558 أن السيد ادريس (ب) تقدم بتاريخ 2013/06/05 بمقال افتتاحي أمام المحكمة الإدارية بمكناس، عرض فيه أنه تقدم بتظلم إلى الإدارة للمندوب السامي للمياه والغابات من أجل تسوية وضعيته اتجاه النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد بما في ذلك إنجاز التصريحات الناقصة وأداء الواجبات المترتبة عنها منذ بداية عمله المصادف ليوم 1985/01/06 إلى غاية إحالته على التقاعد إلا أنه لم يتلق أي جواب وأنه تلقى جوابا من صندوق النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد يقر فيه

بأن المصالح المعنية لم تكن تصرح به بشكل منتظم لأجله يلتمس الحكم على المدعى عليهم على سبيل التضامن فيما بينهم بإلغاء القرار الضمني المتعلق بعدم تسوية وضعيته الإدارية والمالية مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية مع النفاذ المعجل وهو المقال الذي أجابت عنه المندوبية السامية بواسطة نائبها موضحة أن المدعي لم يدل بما يفيد مطالبته بتسوية وضعيته ملتمسة رفض الطلب وبعد إجراء بحث والإدلاء بمقال إصلاحي يلتمس فيه الحكم بالتضامن على المدعى عليهم وخاصة على المندوبية السامية للمياه والغابات في شخص ممثلها القانوني أولا بإنجاز التصريحات الناقصة وأداء الواجبات المترتبة عنها منذ بداية عمله في 1985/01/16 إلى غاية إحالته على التقاعد بتاريخ 2013/01/01 ثانيا: تمكينه من ترقيته ومن تغيير سلمه من السلم 2 إلى السلم 5 وتمكينه من الزيادة في مرتبه والتي حددت في 10%... وتمكينه من التعويضات العائلية لابنه المسمى ياسين عن المدة من 2007 إلى 2009، واستنفاد الإجراءات قضت المحكمة الإدارية بتسوية وضعية المدعي الإدارية بالنسبة للتقاعد من 1985/01/16 إلى 1994 وبإحالة الملف على الجهة المعنية المختصة لتسوية وضعيته المالية والقانونية مع تحميل المندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر الصائر. فاستأنف هذا الحكم من طرف المندوبية السامية للمياه والغابات أمام محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط التي قضت بتأييد الحكم المستأنف، وهو القرار المطعون فيه بالنقض والذي أجيب عنه بمذكرة يلتمس فيها المطلوب فيه النقض رفض الطلب.

في شأن الوسائل الأولى والثانية والثالثة:

حيث تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني وخرق مقتضيات الفصل 23 من القانون 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية وانعدام التعليل ونقصانه مع سبقية الحكم في النازلة بدعوى أن المطلوب في النقض سبق أن تقدم بتظلم إداري إلى السيد المندوب السامي للمياه والغابات غير أنه لم يبين تاريخ التظلم المرفوع من طرفه الشيء الذي لا يمكن معه للمحكمة بسط

رقابتها بخصوص احترام الأجل القانوني و لم يتم الجواب على هذا الدفع كما أن القرار المطعون فيه لم يلتفت إلى الدفع بسبقية الحكم في النازلة في الملفات عدد 36/06/114 بتاريخ 2008/05/08 حكم عدد 3/06/165 وعدد 5/2011/79 ق.ش وعدد 5/2012/49 وأن القرار تعرض للحكم عدد 2011/550 بتاريخ 2011/12/01 في الملف عدد 5/2011/79 فقد سبق للمدعي أن أقام دعوى بتاريخ 2011/06/20 تتضمن نفس المطالب موضوع الطلب الحالي انتهى الحكم فيها بعدم قبول الطعن تطبيقا للفصل 23 من قانون 41/90، كما أن الفصل 23 من قانون 216-1-77 يحتم على الموظف الذي تم ترسيمه أن يطالب بتصحيح وضعيته داخل أجل أقصاه ثلاث سنوات تحت طائلة عدم القبول ويتوقف هذا التحويل دائما على موافقة مؤسسة تسيير النظام الجديد لصندوق التقاعد. كما أنه طبقا للفصل 46 من نفس القانون فإن التعويضات التي يضمنها النظام الجماعي لمنح الرواتب تمنح بمقرر يصدره المدير العام لصندوق الإيداع والتدبير مما يستفاد منه أن طلبات المطلوب لا تدخل في اختصاص المندوبية السامية للمياه والغابات والتي كان يفترض إخراجها من الدعوى بدون صائر. وبذلك فإن القرار المطعون فيه جاء ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه وعرضة للنقض.

لكن، على خلاف ما ورد في الوسائل فقد ثبت للمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه: "...أن المستأنف عليه سبق وأن تقدم بمقال افتتاحي أمام المحكمة الإدارية بمكناس فتح له الملف عدد 5/2011/79 وصدر فيه حكم بتاريخ 2011/12/01 تحت عدد 5/11/550 وأن دعواه تلك كانت تهدف إلى إلغاء القرار الضمني المتعلق بعدم تسوية وضعيته المالية والإدارية اتجاه صندوق النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد وانتهى بصدور حكم بعدم قبول الطلب لتقديمه قبل انتهاء الأجل المخول للإدارة من أجل الجواب على التظلم. وأنه في نازلة الحال فقد تقدم المطلوب بمقال إصلاحي بتاريخ 2013/12/23 والتمس تأطير دعواه في إطار القضاء الشامل وذلك بطلب تسوية وضعيته الإدارية والمالية بشأن تقاعده

واحتساب المدة السابقة على إلحاقه بالمندوبية السامية للمياه والغابات مما لا يكون معه مجال للقول بسبقية البت طالما أنه تدارك ذلك أثناء سريان الدعوى..."، واعتبرت لذلك أن الطلب يتعلق في نازلة الحالة بتسوية وضعية تدخل في إطار القضاء الشامل والتي لا تخضع لشرط الأجل المتعلق بدعوى الإلغاء متى كان الحق المطالب به مستمدا مباشرة من القانون وليس من شأنه المساس بقرارات إدارية محصنة كما هو الحال في هذه النازلة، على اعتبار ما يطالب به المطلوب في النقض يتعلق بتسوية معاشه التقاعدي باحتساب المدة السابقة على التحاقه بالمندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر دون ما عداها من طلبات مرتبطة بالترقية والتي تبقى خاضعة لأجل الطعن بالإلغاء و لم تكن محل أي حكم بشأنها. وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيد الحكم المستأنف القاضي بتسوية وضعية المدعي الإدارية بالنسبة للتقاعد من 1985/01/16 إلى 1994 تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما وعللت قرارها تعليلا كافيا والوسائل على غير أساس.

في شأن الوسيلتين الرابعة والخامسة:

حيث تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني والنقص في التعليل والتناقض في الأسباب، بدعوى أنها دفعت بالنسبة للخدمات السابقة لتاريخ 1977/07/14 بأنه كان على المطلوب في النقض المطالبة بتصحيحها في إطار المعاشات المدنية كما أنه يوجد تناقض في الوثائق المدلى بها والمتعلقة بالترسيم الذي يشير أنه من مواليد 1942 في حين أن الورقة المتعلقة بالصندوق الوطني للتقاعد تشير إلى أنه من مواليد 1952، وأنه بصفة عامة فإن تدبير ملفات التقاعد يرجع للصندوق الوطني للتقاعد وخصوصا اللجنة الوطنية والتقنية، وأن القرار المطعون فيه لم يتعرض لهذه النقطة كما أنه تم تأييد الحكم الابتدائي دون أن يجعل تسوية وضعية المطلوب في النقض على عاتق المندوبية السامية وإنما بإحالة الملف على الجهة المعنية المختصة بتسوية وضعيته المالية والقانونية هذا مع

جعل الصائر في تناقض سافر على عاتق المندوبية السامية وأن منطوق الحكم لا يبرر حيثياته. مما يكون معه مشوبا بانعدام الأساس القانوني والنقص في التعليل الموازي لانعدامه.

لكن، حيث إنه بخصوص أن المطلوب في النقض هو الذي يتحمل المسؤولية في عدم تقديم طلب التحويل داخل أجل ثلاث سنوات فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما تبين لها أن الأمر في نازلة الحال يرتبط بخطأ الإدارة التي لم تكن تصرح بالمدعي بصفة منتظمة ودائمة و لم تؤد الواجبات المستحقة لدى النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد، واعتبرت لذلك أن خطأ عدم تصحيح الخدمات اتجاه الصندوق المغربي للتقاعد كان نتيجة عدم أداء الواجبات المستحقة للصندوق الجماعي لمنح رواتب التقاعد حسب الكتاب عدد 47 الصادر بتاريخ 6 يناير 2004 وأن قرار وزير المالية حدد المدة الزمنية لتحويل رواتب التقاعد لهذه الفئة في ثلاث سنوات مما يعني أن المندوبية السامية لم تتقيد بالضوابط القانونية خاصة الأمر يتعلق بتسوية المعاش التقاعدي، وبالتالي فإنه لا يمكن تحميل المستأنف عليه مسؤولية ذلك، مما يبقى معه ما أثير بخصوص ذلك غير قائم..."، تكون قد بنت قضاءها على أساس سليم من القانون وعللت قرارها تعليلا كافيا وسليما والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة الإدارية (القسم الثاني) السيد سعد غزيول برادة رئيسا، والمستشارين السادة: سلوى الفاسي الفهري **مقررة** وسعاد المديني ومحمد بوغالب وأحمد البوزيدي **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد حسن تايب، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة جميلة المغراوي.

القرار عدد 580
الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2016
في الملف الإداري عدد 2015/2/4/684

قضاء استعجالي – نطاق اختصاصه.

إذا كان قاضي المستعجلات يملك سلطة إصدار أوامر قضائية استعجالية كلما كانت مراكز الأطراف قطعية ومحددة بشكل واضح ونهائي، فإن هذه السلطة رهينة بعدم وجود حكم قضائي بات في نفس الطلب وبين نفس الأطراف وبنفس الصفة، سواء كان هذا الحكم نهائيا أو قابلا للطعن فيه بالطرق المقررة قانونا على اعتبار أن ذلك الحكم قد نظر في الطلب موضوع الطلب الاستعجالي الحالي، وأن الحق لا يقضي فيه مرتين.

نقض بدون إحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من أوراق الملف، ومن القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2014/11/27 في الملف 2014/7201/20 أن شركة (...) وشركة (...) تقدمتا بواسطة نائبهما بمقال أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط مؤرخ في 2014/11/24 عرضتا فيه بمقتضى الصفقة رقم 2009/38 المؤرخة في 2009/12/26 تعاقدت مع وزارة التربية الوطنية والتعليم العالي وتكوين الأطر والبحث العلمي من أجل المساعدة التقنية على وضع برامج معلوماتية تجمعا تضامنيا بينهما تحت ريادة الشركة الأولى (...). وأن هذه الأخيرة قدمت فور الفوز بالصفقة ضمانة نهائية قدرها (3.678.175,86) درهم لصاحبة المشروع صادرة عن (...) تحت رقم (...) بتاريخ 2010/05/17. وأنهما شرعتا في تنفيذ

الصفقة وإنجاز مراحلها تحت مراقبة صاحبة المشروع، غير أنه بتاريخ 2012/05/10 تم تبليغها بإشعار بالفسخ أحادي الجانب مرفق بمقرر الفسخ، بعد أن تعدى إنجاز الأشغال نسبة 50%. وأن العلة التي تضمنها قرار الفسخ هي أن المساعدة التقنية موضوع الصفقة أضحت غير ذات جدوى نظرا لعدم ملاءمتها مع برنامج عمل الوزارة، ولذلك نصت صاحبة المشروع في الفصل الثاني من قرار الصحيح على أن ترجع الضمانة النهائية للطالبة إلا أنه ولحد الآن فإن صاحبة المشروع لم تسلم لها الضمانة رغم جميع المحاولات. وأن الطالبتين سبق لهما أن استصدرتا حكما بتاريخ 2014/02/20 عن المحكمة الإدارية بأداء الدولة المغربية قررت من تلقاء نفسها فسخ الصفقة، وما دامت الضمانة غير متنازع بشأنها بين الطرفين كما يتبين من الحكم الابتدائي الفاصل في الموضوع، ولتفادي ترتيب فوائد التأخير على عاتق المال العام، ونظرا لأن النزاع معروض على محكمة الاستئناف، فإنهما يلتمسان الحكم على المدعى عليهما بتسليمهما للطالبة الأولى رفع اليد عن الضمانة النهائية، وعند الاقتضاء اعتبار الأمر الذي سيصدر بأنه لا يمكن المطالبة برفع اليد عن الضمانة النهائية مع وجود حكم قضى عليهما بإرجاع الضمانة وأن من الشأن الاستجابة للطلب خلق أوضاع يصعب تداركها. وأن الحكم الذي قضى بالضمانة مستأنف، كما أن المقال المقدم من طرف شركة (...) دون شركة (...) غير مقبول لأنه بالنسبة للضمانة لا يمكن مخاطبة الإدارة إلا باسم التجمع. وبعد تمام الإجراءات، صدر القرار المطعون فيه عن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بالنيابة القاضي بأمر وزارة التربية الوطنية برفع يدها عن الضمانة النهائية الصادر عن مؤسسة (...) في إطار الصفقة رقم (...).

في الوسيلة الثانية:

حيث تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه بخرق الفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود والمساس بما قضى به في الجوهر، ذلك أنها تمسكت بأن

الطلب الذي تقدمت به شركة (...) سبق البت فيه من طرف قضاء الموضوع بمقتضى الحكم القطعي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/02/20 في الملف عدد 2012/13/201 الذي قضى بإرجاع مبلغ الضمانة النهائية وقدرها 3.678.175,86 درهم لكل من شركتي (...) و(...). وقد أجاب القرار المطعون فيه على ما تمسكت به الطاعنة بكون الحكم الصادر في الملف المذكور مجرد حكم ابتدائي من جهة وأن الإشكاليات التي يمكن أن تثار يمكن حلها في إطار المساطر القضائية، وهو تعليل يظل خارقا لمقتضيات الفصل 451 المشار إليه لأن ما طلب في الدعوى الحالية هو نفس ما قضى به الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط في الملف عدد 2012/13/201، وأن ما علل به القرار المطعون فيه يشكل خرقا لقاعدة عدم مساس الأوامر الاستعجالية ليس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر ولكن ما قضي به فضلا مما يجعل القرار المطعون فيه منعدم التعليل ومعرضا للنقض.

حيث إنه إذا كان قاضي المستعجلات يملك سلطة إصدار أوامر قضائية استعجالية كلما كانت مراكز الأطراف قطعية ومحددة بشكل واضح ونهائي، فإن هذه السلطة رهينة بعدم وجود حكم قضائي بات في نفس الطلب وبين نفس الأطراف وبنفس الصفة. سواء كان هذا الحكم نهائيا أو قابلا للطعن فيه بالطرق المقررة قانونا على اعتبار أن ذلك الحكم قد نظر في الطلب موضوع الطلب الاستعجالي الحالي وأن الحق لا يقضي فيه مرتين، وأن اختصاص قاضي المستعجلات محصور في الطلبات الاستعجالية الوقتية، في حين أن رفع اليد عن الضمانة الذي بتت فيه محكمة الموضوع بالاستجابة لطلب المطلوبتين في النقض لا يندرج ضمن الطلبات الوقتية. وأن الرئيس الأول بمحكمة الاستئناف الإدارية بالنيابة الذي قضى بالاستجابة للطلب في إطار مسطرة استعجالية بما جاء به من أنه: "لئن كان البت في الطلبات الرامية إلى رفع المحجوزات والتعرضات أو غيرها من القيود التي تحد من حرية التصرف في الحقوق أو ترتب التزامات استثنائية ويدخل فيها رفع اليد عن الضمانات المقدمة في مجال الصفقات

العمومية تعتبر اختصاصا أصيلا لمحكمة الموضوع لما يتطلبه البت فيها من ضرورة التأكد من صحة إجراءات الحجز أو التعرض ومدى توافر موجبات رفعه. إلا أن العمل القضائي استقر على الاعتراف لقاضي المستعجلات بإمكانية تحوز هذا الاختصاص على سبيل الاستثناء في حالات محدودة يتحقق معه وضوح المراكز القانونية للأطراف بصفة نهائية مما يستدعي تدخله على وجه الاستعجال لوضع حد للضرر اللاحق بها الناتج عن استمرار القيد المطلوب رفعه رغم تعسفه الظاهر أو انعدام محله." يكون قد حسم في مدى استحقاق المطلوبتين للضمانة المطلوب رفع اليد عنها، وبالتالي مس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر من جهة وبت في طلب سبق البت فيه من طرف محكمة الموضوع بصرف النظر عن مدى اكتساب حكم هذه الأخيرة لقوة الشيء المقضي به من عدمه على اعتبار أن نفس الحق لا يقضي فيه مرتين، مما يكون معه القرار المطعون فيه قد خرق مقتضيات الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية ومبدأ عدم جواز القضاء بنفس الحق مرتين وهو ما يعرضه للنقض.

وحيث إنه وطبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية والتي تنص على أنه: "إذا رأت محكمة النقض بعد نقض الحكم المحال عليها أنه لم يبق هناك أي شيء يستوجب الحكم قررت النقض بدون إحالة". وباعتبار أنه بنقض القرار المطعون فيه لم يعد هناك شيء يستوجب الحكم فإن محكمة النقض تقرر نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة الإدارية (القسم الثاني) السيد سعد غزيول برادة رئيسا،

والمستشارين السادة: سعاد المديني **مقررة** وسلوى الفاسي الفهري ومحمد بوغالب وأحمد البوزيدي **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد حسن تايب، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة جميلة المغراوي.

القرار عدد 768
الصادر بتاريخ 24 نونبر 2016
في الملف الإداري عدد 2014/2/4/1448

محافظ عقاري – قرار بمراجعة مبلغ رسوم المحافظة.

إن المحكمة لما قضت بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من أداء الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية لفائدة المطلوبة في النقض المبلغ المطلوب استرجاعه، بعلة أن مقتضيات المرسوم رقم 2.97.385 لا تشير إلى إمكانية مراجعة مبلغ الرسوم من طرف المحافظة، وإنما حدد طريقة احتسابها انطلاقا من الثمن الوارد في العقد، فكان ما قام به المحافظ من إعادة تقييم العقار بشكل جزافي وتأسيس رسوم المحافظة عليها مخالفا للقانون، تكون قد خرقت المقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه، وجاء قرارها معللا تعليلا فاسدا.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق الملف، ومن القرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه، أن المدعية (المطلوبة في النقض) تقدمت بتاريخ 2012/11/19 أمام المحكمة الإدارية بالرباط بمقال، عرضت فيه أن المحافظ على الأملاك العقارية بطنجة فرض عليها رسوما تفوق التعريفة التي حددها المرسوم رقم 2.97.358، إذ رفض قبول قيمة الوعاء العقاري على أساس 400,00 درهما وحددها على أساس 5000,00 درهم بالنسبة للعمارة (...) و(...) وأنها أدت نتيجة لذلك مبلغا غير مستحق زائد على التعريفة القانونية قدره 191.580,00 درهم، والتمست لذلك

الحكم باسترجاع المبلغ المذكور مع النفاذ المعجل، فأجابت المدعى عليهما (طالبي النقض) متمسكين بعدم قبول الطلب لعدم سلوك مسطرة التظلم المنصوص عليها في المادة 120 من مدونة تحصيل الديون العمومية، وبرفضه لكون الأداء كان رضائيا ولا يمكن استرداده وفقا لمقتضيات الفصل 69 من قانون الالتزامات والعقود. وبعد المناقشة واستنفاذ إجراءات المسطرة، صدر حكم قضى بأداء الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية لفائدة المدعية مبلغ 191.580,00 درهم وتحميلها الصائر ورفض باقي الطلب، استأنفه كل المحكوم عليها والمحافظ على الأملاك العقارية بطنجة أمام محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، التي وبعد المناقشة وإتمام الإجراءات، أصدرت قرارها بتأييد الحكم المستأنف وهو القرار المطعون فيه.

في الفرع الثاني من الوسيلة الفريدة:

حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بخرق مقتضيات الفصلين 48 و52 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/04 والمواد 117، 118، 119 و120 من مدونة تحصيل الديون العمومية والفصل 108 من قانون التحفيظ والفصل 69 من قانون الالتزامات والعقود والفصل ومقتضيات المرسوم رقم 2.97.358 بتاريخ 1997/06/30، وأن دعوى الاسترجاع لا يمكن رفعها إلا في إطار إلغاء قرار التحصيل، ذلك أن قرار المحافظ الصادر بأداء واجبات المحافظة العقارية عن العملية موضوع الطلب هو من صميم اختصاص المحافظ بصفته محاسبا عموميا وآمرا بالصرف، وهو حين يصدر أمرا بأداء واجبات المحافظة العقارية طبقا للمرسوم 2.97.258 يصدره بصفته محاسبا عموميا مكلفا بتحصيل دين عمومي وفقا لمقتضيات المادة 3 من القانون رقم 95-17 المتعلق بمدونة تحصيل الديون العمومية، وهو كذلك يتمتع بصفة محاسب عمومي طبقا لمقتضيات المواد 1، 2، 3 من المرسوم رقم 2.88.485 بتاريخ 1990/02/08 وبناء على المادة 25 من القانون رقم 79-12 المتعلق بالمجلس الأعلى للحسابات، مما يعني خضوع الأمر الصادر

عنه للطعن فيه طبقا لمقتضيات مدونة تحصيل الديون العمومية، وأن الطعن المقدم من طرف المطلوبة في النقض المنصب على قانونية الإجراءات المتخذة من طرف المحافظ يقتضي سلوك مسطرة المادة 120 من المدونة المذكورة، وهو ما لم يقتضي سلوك مسطرة المادة 120 من المدونة المذكورة، وهو ما لم تحترمه المطلوبة في النقض، ولم تراعه المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه فجاء تعليله بخصوص عدم إلزامية سلوك الطاعنة لمسطرة التظلم القبلي مخالفا لمقتضيات المواد 118 و120 من مدونة التحصيل، وأن طلب الطاعنة لا يمكن تقديمه إلا في إطار دعوى إلغاء قرار التحصيل، وأن الفقرة 5 من الفصل 4 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/04 ومقتضيات المرسوم رقم 2.97.358 خولت المحافظ صلاحية تعيين الأداءات الواجبة على كل الأعمال التي تباشر بإدارة المحافظة وقبضها، وأن مقتضيات الفصل 52 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/04 تحدد واجبات المحافظ في استخلاص الواجبات أما بحسب ما صرح به الأطراف من الثمنة أو ما تحتويه الأوراق المقدمة من لدن طالبي التحفيظ، وفي حالة ما إذا كانت المبالغ المدفوعة تقل عن جملة الأداءات فإن المحافظ يقوم بتكملتها قبل الإقدام على تسليم الحجج للمعنيين بها أو قبل الانتهاء من أعمال التحفيظ، مما يكون معه ما ذهب إليه القرار المطعون فيه من عدم انطباق مقتضيات المادة 120 من مدونة التحصيل والفصل 69 من قانون الالتزامات والعقود على النازلة لا يستند على أي أساس، فضلا عن عدم جوابه على باقي دفوعه خاصة الدفع المتعلق بكون دعوى الاسترجاع لا يمكن سماعها إلا في إطار دعوى إلغاء الأمر بتحصيل الواجبات موضوع دعوى الإرجاع، مما يجعل القرار المطعون فيه متسما بعيب مخالفة القانون.

وحيث تنص مقتضيات الفصل 47 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/04 المعدل بموجب القرار الوزيري المؤرخ في 1933/03/15، على أنه إذا كانت القيمة أو المبالغ المصرح بها في المطلب أو العقود أو التصريحات تبدو أقل

من القيمة الحقيقية للعقار أو الحقوق...، يمكن للمحافظ على الأملاك العقارية اللجوء إلى إجراء خبرة داخل أجل سنتين ابتداء من تاريخ القرار الصادر بشأن التقييد كما أحالت المادة 48 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/04 على قانون التسجيل المصادق عليه بمقتضى الظهير الشريف المؤرخ في 1915/03/11 الذي ألغي وعدد بمقتضى المدونة العامة للضرائب والذي عبر من مسطرة مراجعة الرسوم عن طريق الخبرة إلى إعطاء قابض التسجيل صلاحية مراجعة القيم العقارية المصرح وفق القواعد المقررة في المدونة المذكورة والتي لم تعد تلزم القابض باللجوء ابتداء إلى الخبرة، بما يعنيه ذلك من إعطاء المشرع للمحافظ على الأملاك العقارية صلاحية مراجعة القيمة المصرح بها في طلبات التقييد أو العقود موضوع التقييد تحت رقابة القضاء، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قضت بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من أداء الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية لفائدة المطلوبة في النقض مبلغ 191.850 درهم، بما جاءت به من أن: "...وكما لاحظ الحكم المستأنف – عن صواب – فإن مقتضيات المرسوم رقم 2.97.385 لا تشير إلى إمكانية مراجعة مبلغ الرسوم من طرف المحافظة، وإنما حدد طريقة احتسابها انطلاقا من الثمن الوارد في العقد، فكان ما قام به المحافظ من إعادة تقييم العقار بشكل جزافي وتأسيس رسوم المحافظة عليها مخالفا للقانون وتبقى المستأنف عليها محقة في المطالبة باسترجاع ما دفعته بغير حق..."، تكون قد خالفت بمجمل ما ذكر وخرقت المقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه وجاء قرارها معللا تعليلا فاسدا وعرضة للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة الإدارية (القسم الثاني) السيد سعد غزيول برادة رئيسا،

والمستشارين السادة: أحمد البوزيدي **مقررا** وسعاد المديني وسلوى الفاسي الفهري ومحمد بوغالب **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد حسن تايب، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة جميلة المغراوي.

الجزء الخامس
قرارات الغرفة الاجتماعية

القرار عدد 2261
الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2016
في الملف الاجتماعي عدد 2015/1/5/1764

عطلة سنوية – عبء إثبات التمتع بها يقع على عاتق المشغلة.

إن عدم منازعة المشغلة في التعويض عن العطلة السنوية بشكل صريح واقتصارها على الإشارة إلى أن الأجير كان يتمتع بعطلته السنوية، دون الإدلاء بما يفيد ذلك، يجعل ما أثير لأول مرة أمام محكمة النقض غير مقبول لاختلاط الواقع فيه بالقانون.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، ومن القرار المطعون فيه أن المدعي تقدم بمقال يعرض فيه أنه شرع في العمل لدى المدعى عليها منذ فاتح شتنبر 2003 إلى أن تم طرده بصفة تعسفية في 23 مارس 2010 ولأجله التمس الحكم له بالتعويضات المترتبة عن ذلك. وبعد جواب المدعى عليها، وفشل محاولة الصلح بين الطرفين وانتهاء الإجراءات المسطرية أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها القاضي على المدعى عليها بأدائها لفائدة المدعي مجموعة تعويضات عن الفصل والإخطار والأقدمية والعطلة السنوية والضرر ورفض باقي الطلبات. استأنفته المدعية، فقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم جزئيا فيما قضى به من تعويضات متعلقة بمهلة الإخطار والفصل والضرر وتصديا الحكم من جديد برفض الطلب وبتأييده في الباقي، وهو القرار موضوع الطعن بالنقض.

في شأن الوسيلة الفريدة للطعن بالنقض:

تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه، انعدام الأساس القانوني جزئيا الناتج عن ضعف التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن ما يثبت خلاف ما ورد بتعليل القرار المطعون فيه بخصوص التعويض عن العطلة السنوية والأقدمية، إذ أنه قد سبق أداء التعويض عن العطلة السنوية حسب الوصلين المدلى بهما أثناء المرحلة الاستئنافية والمحكمة المطعون في قرارها لم تتطرق إليهما والمطلوب في النقض بدوره لم يعارض فيهما. ويكون القرار المطعون فيه بذلك قد علل قراره تعليلا ناقصا موازيا لانعدامه يستوجب نقضه في هذا الشق. أما بخصوص الأقدمية فإن المطلوب لم يلتحق بالعمل مع الطالبة إلا سنة 2007 وليس سنة 2004 الكل حسب ما تثبته شهادة الالتحاق بالعمل الموقعة من طرف المطلوب والمرفقة بهذه العريضة علما بأن بها تزوير من قبل المطلوب وأن قراءتها تكفي للقول بهذا خصوصا وأنها من بين أوراق الملف خلال المرحلة الاستئنافية وبالتالي فإن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لم تتعرض لها والمطلوب لم يعارض بها بدوره فيها مما يكون معه مقرا بتزويرها من طرفه الشيء الذي يكون معه القرار ناقص التعليل الموازي لانعدامه ويتعين نقضه.

لكن، حيث إن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه بخصوص، التعويض عن الأقدمية لم يسبق إثارته أمام محكمة الموضوع، وإن أدلت المشغلة بشهادة الالتحاق بالعمل، فإنها لم تناقش التعويض عن الأقدمية، مما يبقى معه هذا الدفع غير مقبول لاختلاط الواقع فيه بالقانون. كما أن الطاعنة لم تنازع في التعويض عن العطلة السنوية بشكل صريح واكتفت بالإشارة إلى أن المطلوب في النقض كان يتمتع بعطلته السنوية، بدليل قراري العطلة السنوية لسنة 2008 و2009، دون الإدلاء بما يفيد تمتعه بالعطلة السنوية عن سنة 2010، أو الإشارة إلى ذلك، علما أن انتهاء علاقة الشغل كانت بتاريخ 2010/03/23، وبالتالي يبقى ما أثير بخصوص التعويض عن العطلة السنوية كذلك قد أثير لأول مرة أمام محكمة النقض فهو غير مقبول لاختلاط الواقع فيه بالقانون.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بنزاهير **رئيسة**، والمستشارين السادة: المصطفى مستعيد **مقررا** ومرية شيحة وأنس لوكيلي والعربي عجابي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 2427
الصادر بتاريخ 08 نونبر 2016
في الملف الاجتماعي عدد 2015/1/5/1695

مسطرة التأديب – وجوب احترام اتفاقية العمل الدولية والمادة 62 من مدونة الشغل.

بمقتضى اتفاقية العمل الدولية رقم 158 لسنة 1982 الخاصة بإنهاء علاقة الشغل بمبادرة من المشغل، أوجب المشرع ومن خلال نص المادة 62 من مدونة الشغل، وقبل أن يتخذ المقرر التأديبي في حق الأجير، أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه بالاستماع إليه بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي بالمقاولة والمختار من طرف الأجير نفسه وذلك ابتداء من التاريخ الذي تبين فيه ارتكاب الفعل.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، ومن القرار المطعون فيه أن المدعي تقدم بمقال يعرض فيه أنه شرع في العمل لدى المدعى عليها منذ 1999/05/01 إلى أن تم طرده بصفة تعسفية في 2008/05/17 ولأجله التمس الحكم له بالتعويضات المترتبة عن ذلك. وبعد جواب المدعى عليها، وفشل محاولة الصلح بين الطرفين وانتهاء الإجراءات المسطرية أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها القاضي على المدعى عليها بأدائها لفائدة المدعي بمجموعة تعويضات عن العطلة السنوية ورفض باقي الطلبات. استأنفه المدعي، فقضت محكمة الاستئناف بإلغائه جزئيا وتصديا الحكم من جديد على المستأنف عليها بأدائها لفائدة المستأنف التعويض عن

مهلة الإخطار بمبلغ 5000,00 درهم والتعويض عن الضرر بمبلغ 33750 درهم وبتأييده في الباقي، وهو القرار موضوع الطعن بالنقض.

في شأن وسائل الطعن بالنقض مجتمعة:

تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه، سوء التعليل الموازي لانعدامه وخرق مقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل، ذلك أن تسجيل حضور ممثل الأجراء في جلسة الاستماع يحيى (ح) جاء تفعيلا لمضمون المادة 62 من مدونة الشغل تطبيقا حرفيا، وأن المطلوب في النقض لم يصرح خلال جلسات الصلح والبحث المنعقدة أمام المحكمة بأن ممثل الأجراء لم يحضر معه للجلسة المذكورة، وأنه بذلك تكون محكمة الاستئناف قد أساءت تعليل القرار المطعون فيه مما يتعين معه نقضه. ومن جهة أخرى عللت المحكمة قرارها بعدم تسجيل تصريحات الأجير سواء السلبية أو الإيجابية وحتى رفض الأداء بأي تصريح. وأن حضور المطلوب في النقض لجلسة الاستماع إليه بحضور ممثل الأجراء قرينة قوية على مناقشة موضوع المخالفات المنسوبة إليه. وبذلك يكون التعليل المضمن بالقرار بخصوص هذه النقطة خاطئا وغير مؤسس مما يتعين معه نقضه.

كما تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه خرق مقتضيات المادة 65 من مدونة الشغل، حيث اعتبرت المحكمة عدم التدوين في مقرر الفصل لأجل السقوط المحدد في 90 يوما خرقا للمادة المذكورة، وأنه على فرض عدم تضمين الأجل المذكور في مقرر الفصل فإن ذلك لم يلحق أي ضرر بالأجير إذ أنه سلك مسطرة التقاضي للمطالبة بحقوقه داخل أجل 90 يوما المذكور فهو توصل بمقرر الفصل بتاريخ 2008/05/17 ورفع دعواه بتاريخ 2008/05/26 أي بمرور 10 أيام من تاريخ التوصل بقرار الفصل وأن تعليل المحكمة لقرارها قد يكون صائبا لو قيد الأجير دعواه بعد مرور 90 يوما وتمسكت الطاعنة بسقوط الحق لرفعها خارج الأجل المذكور. وأنه أمام عدم ورود أي شيء من ذلك وأمام عدم

وجود للضرر وأمام عدم التنصيص على أي جزاء في المادة المذكورة عند عدم تضمين قرار الفصل لأجل 90 يوما، والقاعدة المعروفة أنه لا جزاء بدون نص فإن تعليل المحكمة لقرارها بنص المادة 65 يعد خرقا لها في حد ذاته مما يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

وتعيب الطاعنة القرار المطعون فيه خرق قواعد الإثبات، الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود والفقرة الأخيرة من المادة 64 من مدونة الشغل، ذلك أنه وأمام إثباتها للأخطاء الجسيمة المنسوبة للأجير خلال المرحلة الابتدائية بواسطة شهادة الشهود المعتمد عليها من طرف المحكمة الابتدائية بالإضافة إلى ملف الأجير، في إصدار حكمها فإن محكمة الاستئناف تكون قد خرقت الفصل 399 من ق.ل.ع بشكل واضح يتعين معه نقضه.

كما تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه خرق مقتضيات المادة 39 من مدونة الشغل، ذلك أن الأخطاء المنسوبة للمطلوب في النقض هي من بين الأخطاء الجسيمة المنصوص عليها في المادة 39 من مدونة الشغل و يمكن إثباتها بأية وسيلة من وسائل بما في ذلك شهادة الشهود. وأن الشهود المستمع إليهم ابتدائيا أدوا اليمين القانونية قبل الإدلاء بإفادتهم في الموضوع. وبذلك يكون الفصل مبررا تبريرا قانونيا.

ويعيب الطاعن القرار المطعون فيه كذلك خرق المادة 61 من مدونة الشغل، ذلك أنه مع إثبات وجود الفصل المبرر بصفة قانونية فإن المطلوب في النقض لا يستحق التعويض عن الإخطار والضرر، حسب مقتضيات المادة 61 من مدونة الشغل. مما يتعين معه نقضه.

لكن، حيث إنه وبمقتضى اتفاقية العمل الدولية رقم 158 لسنة 1982 الخاصة بإنهاء علاقة الشغل بمبادرة من المشغل، أوجب المشرع ومن خلال نص المادة 62 من مدونة الشغل، وقبل أن يتخذ المقرر التأديبي في حق الأجير، أن

تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه بالاستماع إليه بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي بالمقاولة والمختار من طرف الأجير نفسه وذلك ابتداء من التاريخ الذي تبين فيه ارتكاب الفعل، ونص هذه المادة جاء بصيغة الوجوب، وهذه من الإجراءات التي يجب على المشغل احترامها نظرا لأن عقوبة الفصل هي أكثر الجزاءات التأديبية خطورة ومن ثم انتهت محكمة الاستئناف إلى: "**أنه لم يراع تنصيصات المادة 62 و ما يليه على اعتبار أن محضر الاستماع كما أنجز لم يتح الفرصة للأجير للدفاع عن نفسه ...**" فالطاعنة لم تثبت استدعاءها للمطلوب في النقض داخل أجل ثمانية أيام من التبين من ارتكاب الخطأ، قصد الاستماع إليه بحضور مندوب الأجراء الذي يختاره بنفسه ذلك أن قرار الفصل تم في غيبته وفي غيبة مندوب الأجراء أو الممثل النقابي. والطاعنة بذلك تكون قد خرقت مقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل. إضافة إلى أنها خرقت مقتضيات المادة 65 من مدونة الشغل لما أغفلت الإشارة إلى أجل السقوط المحدد في تسعين يوما. ولا يجديها القول أن الطاعن لم يتضرر من ذلك وأن المشرع لم يرتب على ذلك أي جزاء، ما دامت هذه القاعدة آمرة فإنها واجبة التطبيق ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها. والمحكمة كانت في غنى عن مناقشة الأخطاء المنسوبة للمطلوب في النقض، ما دام أن الطاعنة لم تحترم المقتضيات الشكلية أعلاه مما يبقى معه القرار المطعون فيه معللا تعليلا سليما، وغير خارق لأي مقتضى من المقتضيات المستدل بها والوسيلة لا سند لها. ومن ثم فإن باقي الوسائل التي تناقش ارتكاب الطاعن للخطأ الجسيم من عدمه تبقى غير ذات موضوع ويتعين ردها.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة

من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بنزاهير **رئيسة**، والمستشارين السادة: المصطفى مستعيد **مقررا** ومرية شيحة وأنس لوكيلي والعربي عجابي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 2435
الصادر بتاريخ 8 نونبر 2016
في الملف الاجتماعي عدد 2015/1/5/1562

مسطرة الاستماع إلى الأجيرة – تعذر إجرائها بسبب اعتقالها – أثره.

لما ثبت أن المشغلة استدعت الأجيرة بعنوانها وتوصلت بواسطة أختها، وأن عدم حضورها راجع إلى اعتقالها وهو ما لا يمكن تحميل تبعاته إلى المشغلة، التي قامت بما يلزمها به القانون وأنجزت محضر الاستماع ضمنته غياب الأجيرة، وأصدرت مقرر الفصل وبلغته للطالبة بعنوانها بواسطة زوجها لتعذر تبليغها شخصيا، وأشعرت مفتش الشغل، فإن ذلك يعني أن مسطرة الفصل التأديبي تم احترامها، وهو ما أبرزته المحكمة في تعليلها ويكون قرارها مرتكزا على أساس قانوني.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، أن المدعية – الطالبة – تقدمت بمقال تعرض فيه أنه كانت تشتغل مع المدعى عليها وأنها تعرضت للطرد تعسفيا، وبعد إتمام البحث والإجراءات أصدرت المحكمة الابتدائية حكما قضى لفائدة المدعي بمجموعة من التعويضات استأنفه الطالب لتصدر محكمة الاستئناف قرارها القاضي بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من تعويضات عن الإخطار والفصل والضرر والحكم تصديا برفضها وتأييده في الباقي، وهو القرار المطعون فيه.

في شأن وسيلة الطعن بالنقض مجتمعتين:

تعيب الطالبة على القرار المطعون فيه مخالفة القانون الداخلي وفساد التعليل ذلك أنه بالرجوع إلى الملف فإن نسخة الحكم المرفقة لا تتعلق بالطالبة والبيانات المضمنة بالمقال الاستئنافي لا تتناسب مع الحكم المرفق، وأن المطلوبة لم تقم بإصلاح مقالها، والمحكمة لم تتأكد من المعطيات المذكورة مما يشكل مخالفة للفصل 242 من ق.م.م ويبرر نقض القرار.

وتعيب الطالبة على القرار المطعون فيه عدم احترام المسطرة القانونية عند فصل الأجير، ذلك أنها كانت معتقلة حين إنجاز محضر الاستماع، وأنه تم استدعائها بعنوانها و لم تتوصل بصفة شخصية كما أن تبليغ مقرر الفصل لم يكن يدا بيد، والمطلوبة في النقض كان عليها التوجه إلى مفتش الشغل من أجل استكمال الإجراءات، والقرار كان عديم الأساس القانوني ومعللا تعليلا فاسدا لما اعتبر أنها ارتكبت خطأ جسيما رغم عدم احترام الطالبة للمسطرة وهو ما يبرر نقض القرار.

لكن من جهة أولى، فإن المحكمة بينت في تعليلها أن الحكم الابتدائي المدلى به يتعلق بأطراف الدعوى خلافا لما أثارته المطلوبة، ولا يتضمن البيانات المذكورة بمقالها، ويكون القرار غير خارق للفصل 141 من ق.م.م والوسيلة على غير أساس.

ومن جهة ثانية، فان الثابت من وثائق الملف أن المطلوبة باشرت مسطرة الاستماع في حق الطالبة واستدعتها بعنوانها وتوصلت بواسطة أختها، وأن عدم حضورها راجع إلى اعتقالها وهو ما لا يمكن تحميل تبعاته إلى المطلوبة، التي قامت بما يلزمها القانون به التي أنجزت محضر الاستماع ضمنته غياب الأجيرة وأصدرت مقرر الفصل وبلغته للطالبة بعنوانها بواسطة زوجها لتعذر تبليغها شخصيا، وأشعرت مفتش الشغل وهو ما يعني أن مسطرة الفصل التأديبي تم احترامها، وهو ما أبرزته المحكمة في تعليلها ويكون القرار مرتكزا على أساس قانوني والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بنزاهير بصفتها **رئيسة**، والمستشارين السادة: انس لوكيلي **مقررا** ومرية شيحة والمصطفى مستعيد والعربي عجابي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 2445
الصادر بتاريخ 08 نونبر 2016
في الملف الاجتماعي عدد 2015/1/5/2277

عقد تدريب – انتهاء المدة القصوى – تحول إلى عقد شغل غير محدد المدة.

إن مدونة الشغل عمدت إلى تحديد مدة قصوى للاختبار أو التجربة، وذلك تحسبا للتجديدات المتكررة لهذا العقد وحرمان الأجير من ضمانات عقد الشغل النهائي. وهكذا فقد حددت مدد الاختبار أو التجربة بالنسبة للعقد غير محدد المدة في 3 أشهر بالنسبة للأطر وأشباههم، وشهر ونصف بالنسبة للمستخدمين، و15 يوما بالنسبة للعمال، وأن المدد القصوى لا يمكن تجاوزها سواء من خلال عقد الشغل أو الاتفاقية الجماعية أو النظام الداخلي، وبالتالي فإن تحديد مدة قصوى يترتب عنه عدم إمكانية تحديد فترة التجربة لأكثر من مرة واحدة لدى نفس المشغل حتى إذا انتهت فترة التجربة وظل الأجير مستمرا في عمله تحول العقد إلى عقد شغل غير محدد المدة ويخضع لأحكام هذا العقد.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، ومن القرار المطعون فيه أن المدعية تقدمت بمقال تعرض فيه أنها شرعت في العمل لدى المدعى عليها منذ 2007/09/05 إلى أن تم طردها بصفة تعسفية في 2011/09/06 ولأجله التمست الحكم لها بالتعويضات المترتبة عن ذلك. وبعد جواب المدعى عليها، وفشل

محاولة الصلح بين الطرفين وانتهاء الإجراءات المسطرية أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها القاضي برفض الطلب. استأنفته المدعية، فقضت محكمة الاستئناف بتأييده، وهو القرار موضوع الطعن بالنقض.

في شأن الوسيلة الفريدة للطعن بالنقض:

تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه خرق مقتضيات المادة 6 و18 من مدونة الشغل ذلك أن القرار المطعون فيه تجاهل نقطة مهمة تتجلى في كون عناصر عقد الشغل متوفرة خاصة منها المدة والأجر والمهام الموكولة للطالبة والعلاقة التبعية، وأن عقود التدريب على فرض صحتها بعدما أنكرت الطاعنة توقيعها، فإنها تبقى فقط مجرد قناع يغطي العلاقة الشغلية الحقيقية الرابطة بينها وبين المؤسسة. وأن القرار المطعون فيه لم يعر اهتمام للمدة المسترسلة التي قضتها الطاعنة في خدمة المطلوبة في النقض والتي تجاوزت بالكثير المدة المسموح بها للقول بأن الأمر لا يعدو أن يكون سوى تدريب. وأن القرار الإستئنافي كان لزاما عليه الاطلاع على ما راج بجلسة البحث خلال المرحلة الابتدائية والتي أكدت خلالها الشاهدتان بأن الطاعنة كانت تتقاضى أجرها بشكل اعتيادي وأنهما كانتا تلاحظان تواجدها بمقر المؤسسة بشكل يومي. وأن القرار المطعون فيه لم يكن تعليله صائبا حينما ذهب إلى عدم قيام العلاقة الشغلية والحال أنه يمكن إثباتها بجميع الوسائل كما نصت على ذلك المادة 18 من مدونة الشغل. وأن هذا المقتضى جاء لحماية الأجير من تعسف المشغل. وأن القرار المطعون فيه اطلع فقط على ظاهر الوثائق المعروضة أمامه وكان لزاما عليه التحقق من أن التدريب ما هي إلا عقود صورية تحمل تحت طياتها التزامات تعسفية نفذتها الطالبة ضدا على مصلحتها وخرقا للمقتضيات القانونية الآمرة والرامية إلى حماية الأجير بالدرجة الأولى. وأن القرار المطعون فيه خرق مقتضى قانونيا في غاية الأهمية يتمثل في قاعدة الإثبات الحر في المادة الاجتماعية والتي إنما سنت لحماية الأجراء المنضوين تحت لواء التدريب أو العمل الموسمي كما هو الحال في هذه النازلة

لذلك وجب نقضه. وأنه أمام انعدام تعليل محكمة الاستئناف في إطار الجواب على أسباب الطعن وما رافقها من إجراءات وعلى الخصوص الشهادة المصرح بها أمام مجلس القضاء في المرحلة الابتدائية لصالح الطاعنة وثبوت عقد عمل فعلي يجعل القرار معيبا ويتعين إلغاؤه.

حيث صح، ما عابته الطاعنة على القرار المطعون فيه، ذلك أن مدونة الشغل عمدت إلى تحديد مدة قصوى للاختبار أو التجربة. وذلك تحسبا للتحديدات المتكررة لهذا العقد وحرمان الأجير من ضمانات عقد الشغل النهائي. وهكذا فقدت حددت مدونة الشغل مدد الاختبار أو التجربة بالنسبة للعقد غير محدد المدة في 3 أشهر بالنسبة للأطر وأشباههم. وشهر ونصف بالنسبة للمستخدمين. و15 يوما بالنسبة للعمال ويتضح بذلك من صياغة المادة 14 من مدونة الشغل أن هذه المدد هي مدد قصوى لا يمكن تجاوزها سواء من خلال عقد الشغل أو الاتفاقية الجماعية أو النظام الداخلي، وبالتالي فإن تحديد مدة قصوى يترتب عنه عدم إمكانية تحديد فترة التجربة لأكثر من مرة واحدة لدى نفس المشغل حتى إذا انتهت فترة التجربة وظل الأجير مستمرا في عمله تحول العقد إلى عقد شغل غير محدد المدة ويخضع لأحكام هذا العقد. ولما كان الثابت من طلبي التدريب بدون أجر لمدة سنتين دراسيتين 2008–2009 و2009–2010 يتجلى أن في ذلك تجاوزا للمدة المحددة للتجربة أو الاختبار وفق مقتضيات المادة 14 من مدونة الشغل أعلاه، مما يبقى معه العقد المبرم مع الطاعنة عقدا غير محدد المدة نظرا لتجاوزه الفترة القانونية المسموح بها لفترة الاختبار. وبالإضافة إلى ذلك فإن الشاهدة سمية (ي) أكدت أن الطاعنة كانت تتقاضى أجرا من المؤسسة المطلوبة في النقض، علما أن فترة الاختبار تكون بدون تعويض، وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 13 من مدونة الشغل وهو ما يؤكد أن الأمر يتعلق بعقد شغل مستوف لكافة شروطه الواردة بالمادة 6 من مدونة الشغل من تبعية وائتمار وأجرة مقابل الشغل الذي كانت تؤديه الطاعنة

لفائدة المطلوبة في النقض. ويبقى القرار المطعون فيه بذلك معللا تعليلا فاسدا وخارقا للمقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه وغير مرتكز على أساس ويتعين نقضه.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بنزاهير **رئيسة**، والمستشارين السادة: المصطفى مستعيد **مقررا** ومرية شيحة وأنس لوكيلي والعربي عجابي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 2478
الصادر بتاريخ 15 نونبر 2016
في الملف الاجتماعي عدد 2015/1/5/489

مشغل جديد – شروط قيام مسؤوليته التضامنية.

لما كانت المشغلة الجديدة غير عالمة عند إبرام عقد الشغل بالعلاقة التي تجمع الأجيرة بمشغلتها السابقة، وأن علمها بذلك لم يكن إلا بعد فسخ عقد الشغل بصفة تعسفية من طرف الأجيرة بتقديمها لاستقالتها قبل الأجل المحدد في عقد الشغل، فإن هذه الأخيرة تعتبر مسؤولة عن الضرر الحاصل لمشغلتها من جراء الفسخ التعسفي لهذا العقد، وأن المشغلة لا تنطبق عليها الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 42 من مدونة الشغل وهو ما انتهى إليه القرار المطعون فيه الذي جاء معللا تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، ومن القرار المطعون فيه أن المدعية مؤسسة (...) للتعليم الحر تقدمت بمقال تعرض فيه أن المدعى عليها خديجة (ن) تربطها وإياها علاقة عمل كمعلمة عن الموسمين الدراسيين 2010–2011 و2011–2012 وأنها رغم الالتزام غادرت العمل بعد أن قضت الموسم الدراسي 2010–2011 والتحقت بالمدعى عليها الثانية مؤسسة الجبر وأنها وجهت إليها إنذارا بالرجوع إلى العمل بتاريخ 2011/07/19 وأنها تضررت كثيرا من هذا العمل ولأجل ذلك التمست الحكم له بالتعويضات المترتبة عن ذلك وبعد جواب المدعى عليهما، وفشل محاولة الصلح بين الطرفين وانتهاء الإجراءات

المسطرية أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها القاضي على المدعى عليها بأدائها لفائدة المدعية مجموعة تعويضات. استأنفه المدعى عليهما فقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من تعويض عن الضرر لفائدة مؤسسة الأفق والحكم من جديد برفض الطلب المتعلق به وتأييده في الباقي وهو القرار موضوع الطعن بالنقض.

في شأن وسيلتي الطعن مجتمعتين:

تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه خرق مقتضيات الفصل 359 ق.م.م وعدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل:

حول الملف 2013/239 المتعلق بمؤسسة الجبر:

إذ أنه بالرجوع إلى وثائق الملف أنها آجرت محضر استجواب مع المطلوبة في النقض مؤسسة الجبر كما أنها وجهت لهذه الأخيرة إنذارا بكون المطلوبة الأولى في النقض لازالت تربطها علاقة شغل بالمنوب عنها بلغت به بواسطة المسوؤولة السيدة (ل).

وأن هذه الوثائق كافية من كون مؤسسة الجبر كانت على علم أن السيدة (ن) كانت تربطها عقدة عمل بالطالبة وأن استناد القرار المطعون فيه على إشهاد السيدة (ن) على نفسها أنها لا تربطها أية علاقة عمل دون الأخذ بعين الاعتبار الإنذار الموجه للمؤسسة وكذا محضر الاستجواب تكون قد علت قرارها دون أساس قانوني وانعدام التعليل ويعرضه للنقض.

حول الملف 2013/355 والمتعلق بخديجة (ن):

بالرجوع إلى وثائق الملف أن المطلوبة في النقض تعترف بكون عقد الشغل لازال مستمرا بينها وبين الطالبة، وأن خديجة (ن) لم تدل بما يفيد أنها استقالت من عملها، وأن القرار المطعون فيه في حيثيته الأخيرة يؤكد أن الحكم الابتدائي كان على صواب حينما قضى بالتعويض عن الفسخ وبالرجوع إلى منطوق

القرار فإنه قضى بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به عن الضرر لفائدة مؤسسة (...) مع الحكم من جديد برفض الطلب المتعلق به ويكون القرار قد خرق قاعدة مسطرية مما يتعين معه نقضه.

كما تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه خرقه للمادة 42 من مدونة الشغل إذ أن الفقرة الأولى تنص على أنه إذا أنهى الأجير عقد الشغل بصفة تعسفية تم تعاقد مع مشغل آخر جديد، وأن خديجة (ن) تعاقدت مع المطلوبة في النقض مؤسسة (...) وهي لازالت تربطها عقدة عمل مع الطالبة مع علمها كونها لازالت تربطها علاقة شغل بالطالبة، وأن مؤسسة الجبر لم تستطع نفي علمها بعلاقة الشغل مما تبقى معه مسؤولة بالتضامن مع المطلوبة الأولى في النقض عن الأضرار التي لحقت بمؤسسة الأفق مما يتعين معه نقض القرار.

لكن، حيث إن المادة 42 من مدونة الشغل تنص على أنه: "إذا أنهى الأجير عقد الشغل بصفة تعسفية ثم تعاقد مع مشغل جديد أصبح هذا المشغل متضامنا معه في تحمل المسؤولية عن الضرر اللاحق بالمشغل السابق وذلك في الأحوال التالية:

1. إذا ثبت أنه تدخل من أجل إخراج الأجير من شغله.
2. إذا شغل أجير مع علمه أنه مرتبط بعقد شغل.
3. إذا استمر في تشغيل أجير بعد أن علم أنه مازال مرتبطا بمشغل آخر بموجب عقد شغل.

تنتفي مسؤولية المشغل الجديد في الحالة الأخيرة، إذا علم بالأمر بعد إنهاء عقد الشغل بصفة تعسفية من طرف الأجير، إما بحلول أجله إذا كان محدد المدة، أو بانصرام أجل الإخطار إذا كان غير محدد المدة...."

وأن الثابت من خلال وثائق الملف أن المطلوبة الأولى في النقض خديجة (ن) كانت تربطها علاقة شغل مع الطالبة كمعلمة عن الموسمين 2010-2011

و2011-2012 وأنها قدمت استقالتها لدى مؤسسة الأفق 2 لتعليم الخصوصي بإقرار من مشغلتها بمقتضى الإنذار المؤرخ في 2011/07/19، وأن الأخيرة ارتبطت بعقد عمل جديد مع مؤسسة الجبر للتعليم الخصوصي التزمت فيه الأخيرة بأن لا علاقة عمل تجمعها بأي مؤسسة أخرى، ولم تبلغ بنسخة من عقد عملها مع الطالبة إلا بتاريخ 2011/11/24 حسب محضر تبليغ إنذار، وبالتالي فإن المشغلة الجديدة لا علم لها عند إبرام عقد الشغل عن العلاقة التي تجمع خديجة (ن) ومؤسسة (...) وأن علمها بذلك لم يكن إلا بعد بداية الموسم الدراسي 2011-2012 وبعد فسخ عقد الشغل بصفة تعسفية من طرف الأجيرة بتقديمها لاستقالتها قبل الأجل المحدد في عقد الشغل وأن الأجيرة تعتبر مسؤولة عن الضرر الحاصل لمشغلتها من جراء الفسخ التعسفي لهذا العقد وأن المشغلة لا تنطبق عليها الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 42 من مدونة الشغل وهو ما انتهى إليه القرار المطعون فيه الذي جاء معللا تعليلا كافيا وغير خارق للمقتضيات القانونية المستدل بها والوسيلتان على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بنزاهير **رئيسة**، والمستشارين السادة: العربي عجابي **مقررا** ومرية شيحة وانس الوكيلي وعبد العزيز سدار **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 2495
الصادر بتاريخ 15 نونبر 2016
في الملف الاجتماعي عدد 2015/1/5/1836

مغادرة الأجير لعمله – عنف المشغل – أثره.

إن مغادرة الأجير لشغله بسبب استعمال المشغل لأي نوع من أنواع العنف، يعد بمثابة فصل تعسفي عن العمل.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، ومن القرار المطعون فيه أن الطالبة تقدمت بمقال أمام المحكمة الابتدائية بوجدة، عرضت من خلاله أنها شرعت في العمل لدى المطلوبين منذ 2009/01/01، بمشروع الكثبان لأعمال البناء بالسعيدية، بأجرة شهرية قدرها 4500.00 درهم، وأنه بتاريخ 2013/05/17 قامت السيدة زهور (ب) بطردها بصفية تعسفية، لأجل ذلك التمست الحكم لها بالتعويضات المترتبة عن ذلك، إضافة إلى التعويض عن العطلة السنوية والعطل الوطنية، وأجرة 17 يوما، وتعويض اتفاقي جزافي قدره 100.000.00 درهم، فأجابت المطلوبة بأن الطالبة غادرت العمل تلقائيا، ملتمسة استدعاء الشاهدين محمد (ق) وعمرو (ر)، كما أنه تم إنذارها من أجل الرجوع إلى العمل، فلم تستجب للإنذار، وبعد الأمر بإجراء بحث تم الاستماع إلى الشاهد عمرو (ر) الذي أفاد بأن المطلوبة قد طلبت من الطالبة القيام بعملية محاسبة مقابل تسليمها حسابها، وأمرته شخصيا بإغلاق الباب، مما دفع الطالبة إلى الخروج من النافذة بعد أخذ حوائجها، وأفاد الشاهد أحمد (م) بأن المطلوبة طلبت من الطالبة القيام

بعملية المحاسبة فرفضت ذلك، وخرجت من النافذة، ثم عادت بعد ذلك وأخذت حوائجها، ثم غادرت العمل، وبعد الإدلاء بالمستنتجات والتعقيب أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها القاضي للطالبة بالتعويضات المترتبة عن الفصل التعسفي، ورفض طلب التعويض الجزافي، فاستعملت المطلوبة حق الطعن بالاستئناف مؤكدة واقعة المغادرة التلقائية للعمل، فأصدرت محكمة الاستئناف قرارها القاضي بإلغاء الحكم المستأنف جزئيا فيما قضى به من تعويض عن مهلة الإخطار والفصل والضرر، وتأييده في الباقي، وهو القرار محل الطعن بالنقض.

في شأن وسيلة النقض الفريدة:

تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه بطلان التعليل، ذلك أن المحكمة مصدرة القرار لما خلصت إلى ثبوت واقعة مغادرة الطالبة لعملها، من تلقاء نفسها، استنادا إلى شهادة الشاهد أحمد (م)، بعد رفضها القيام بالعمل المنوط بها، وعدم استجابتها للإنذار بالرجوع إلى العمل الموجه إليها، تكون قد عللت قرارها تعليلا باطلا يدل على عدم استيعابها وقائع القضية، لأن الطالبة حسب عقد العمل الذي يربطها بالمطلوبة تمارس مهمة كاتبة وليس محاسبة، وأن المطلوبة أمرت بإغلاق باب المكتب، مما اضطرت معه الطالبة إلى الخروج من النافذة، خصوصا وقد وجهت لها تهمة خيانة الأمانة والسرقة، حسب ما هو ثابت من محضر الضابطة القضائية المرفق، ولا يعقل أن توجه لها الطالبة تهمة من هذا النوع، وتطالبها في الوقت نفسه بالرجوع إلى العمل، وأن الإنذار بالرجوع إلى العمل جاء بعد مرور شهرين على واقعة الفصل من العمل، وقد أجابت عنه الطالبة، كما رفضت المحكمة التعويض عن أيام الأعياد الوطنية والأسبوعية بعلة المغادرة التلقائية، وهو ما يعرض القرار للنقض.

وحيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أنه طبقا للمادة 40 من مدونة الشغل فإن مغادرة الأجير لشغله بسبب استعمال المشغل لأي نوع من

أنواع العنف، يعد بمثابة فصل تعسفي عن العمل، وأن الثابت من شهادة الشاهدين عمرو (ر)، وأحمد (م)، أن المطلوبة أمرت بإغلاق باب المكتب الذي كانت توجد به الطالبة، مما اضطرها إلى الخروج من النافذة، وهو تصرف من جانب المشغل، يوصف بأنه نوع من العنف المقصود بالمادة 40 من مدونة الشغل، وأن المحكمة مصدرة القرار حينما لم تراع هذا الظرف الذي حصل خلاله تصرف خاطئ من جانب المطلوب، يتمثل في استعمال العنف، وأن مغادرة الطالبة للعمل نتيجة لذلك، يعد فصلا تعسفيا، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا يوازي انعدامه، خصوصا وأن الإشعار بالرجوع إلى العمل الموجه إلى الطالبة كان بتاريخ 2013/07/29، بعد ثبوت علم المطلوبة بإقامة دعوى في الموضوع لدى المحكمة بتاريخ 2013/06/10، وأن توكيلها محامي للنيابة عنها بتاريخ 2013/06/17 يؤكد واقعة علم المطلوبة بلجوء الطالبة إلى القضاء، وهو ما يعرض القرار للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بنزاهير رئيسة، والمستشارين السادة: عمر تيزاوي **مقررا** ومرية شيحة والمصطفى مستعيد وأنس لوكيلي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 401
الصادر بتاريخ 2 مارس 2016
في الملف الاجتماعي عدد 2015/2/5/2477

بلوغ الأجير سن التقاعد - انتفاء صفة التعسف في إنهاء عقد العمل.

إن المحكمة لما رفضت طلب التعويض عن الطرد التعسفي بعلة أن الأجير بلغ السن القانونية للإحالة على التقاعد وتجاوزها، وأن الأمر يتعلق بنهاية طبيعية لعقد العمل وعجز عن العمل، وتنتفي معه صفة التعسف في إنهاء عقد العمل تطبيقا لمقتضيات المادة 526 من مدونة الشغل، تكون قد عللت قرارها تعليلا قانونيا سليما.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه عن محكمة الاستئناف بفاس والمشار إلى مراجعه أعلاه أن طالب النقض تقدم بمقال يعرض فيه أنه كان يشتغل لدى المدعى عليها منذ فاتح يناير 1993 بأجرة شهرية قدرها 2500 درهم. وأنه تم طرده من عمله بتاريخ 2012/3/10، والتمس الحكم لفائدته بتعويضات مختلفة، وبعد فشل محاولة الصلح ومختلف الإجراءات أصدرت المحكمة الابتدائية بصفرو حكمها القاضي بأداء المدعى عليها لفائدة المدعي تعويضات عن الفصل والضرر الناتج عن الطرد التعسفي وأجل الإخطار ورفض باقي الطلبات استأنفه الطرفان، وبعد الإجراءات أصدرت محكمة الاستئناف بفاس قرارها القاضي بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الدعوى، وهو القرار المطعون فيه بالنقض.

في شأن الوسيلة المستدل بها للنقض:

يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه بالنقض انعدام التعليل وعدم ارتكازه على أساس قانوني، إذ ارتكز القرار المذكور على حيثية فريدة وهي أن الطالب وفي تاريخ الطرد بلغ سن التقاعد وهو ما يعني نهاية طبيعيه لعقد العمل، لكن خلافا لما سار عليه القرار المذكور فإن المدعى عليها لم تسبق لها وخلافا لما جاء في حيثيات القرار أن تمسكت بكون الطالب بلغ سن التقاعد ذلك أنها أكدت خلال جلسات البحث أنها طردت الطالب بسبب اقترافه للسرقة وهو ما يستفاد منه أن إنهاء الشغل ليس طبيعيا وإنما تعسفيا من طرف المدعى عليها.

كما أن المحكمة من جهة أخرى أغفلت الجواب عن جميع ما أثير أمامها واستنتجت من تلقاء نفسها انتهاء علاقة الشغل طبيعيا رغم كون المدعى عليها تؤكد خلاف ذلك ودون أن تدلي بما يفيد إحالة الطالب على التقاعد أو ما يفيد استفادته من التعويضات المخولة عن التقاعد، فجاء القرار منعدم التعليل وغير مرتكز على أساس قانوني، فوجب نقضه.

لكن، حيث إنه خلافا لما أثير في الوسيلة فإنه بالرجوع إلى وثائق الملف تبين على أن المطلوبة في النقض دفعت بمقتضى مذكرتها الجوابية المؤرخة في 2014/2/5 أن المدعي (طالب النقض) تجاوز سن التقاعد وعليه أن يتوقف عن العمل تلقائيا وبدون طرد باعتبار أنه من مواليد سنة 1942 وأنه إلى تاريخ ادعاء طرده يكون قد بلغ من العمر أكثر من سبعين سنة وبالتالي يكون قد فقد صفته في الادعاء بأن علاقة الشغل لا تزال قائمة، والتمس التصريح بأن العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الشغل قد انتهت بحلول سن التقاعد، ومحكمة الموضوع لما اعتبرت أن المدعي بلغ السن القانونية للإحالة على التقاعد وتجاوزها وأن الأمر يتعلق بنهاية طبيعية لعقد العمل وعجز عن العمل وتنتحي معه صفة التعسف في إنهاء عقد العمل تطبيقا لمقتضيات المادة 526 من مدونة الشغل تكون قد عللت قرارها تعليلا قانونيا سليما وما أثير بالوسيلة خلاف الواقع فهو غير مقبول.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد رئيس الغرفة محمد سعد جرندي **رئيسا**، والمستشارين السادة: محمد برادة **مقررا** ونزهة مرشد واحمد بنهدي وخالد بنسليم **أعضاء** وبحضور **المحامي العام** السيد عبد العلي المصباحي و**كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 2945
الصادر بتاريخ 21 دجنبر 2016
في الملف الاجتماعي عدد 2015/2/5/2568

كتاب قرآني – عدم خضوعه لأحكام مدونة الشغل.

الكتاب القرآني ولئن كان مؤسسة تعليمية تستفيد من بعض ما تستفيد منه مؤسسات التعليم الخصوصي المنظمة بمقتضى القانون رقم 06.00 بمثابة النظام الأساسي للتعليم المدرسي الخصوصي، فإنه لا يخضع لأحكام مدونة الشغل.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه أن المطلوبة (الأجيرة) تقدمت بمقالين افتتاحي وإصلاحي عرضت فيهما أنها كانت تشتغل لدى المدعى عليه (الطالب) بصفتها مربية منذ سنة 2009 إلى أن تم فصلها من عملها بتاريخ 2012/10/24 دون سبب مشروع مطالبة الحكم لها بما هو مسطر بمقاليها، وبعد تمام الإجراءات أصدرت المحكمة الابتدائية حكما قضى على المدعى عليه بأدائه للمدعية تعويضات عن الفصل التعسفي والإخطار وبالأقدمية وتكملة الأجرة مع تمكينها من شهادة العمل تحت طائلة تعويض عنها مبلغه 2000 درهم استأنفه الطرفان فقضت محكمة الاستئناف شكلا بقبول الاستئنافين وموضوعا بتأييد الحكم المستأنف مع تعديله بخفض التعويض عن الأقدمية وتكملة الأجرة إلى القدر المشار إليه بالقرار، وذلك بمقتضى قرارها المطلوب نقضه من طرف المشغل.

في شأن الوسيلة الفريدة في النقض:

يعيب الطاعن على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليلي، ذلك أنه أكد بجلسة البحث الابتدائي والاستئنافي أن المطلوبة في النقض كانت في وضعية متدربة لمدة شهر واحد فقط (أكتوبر2011) لأنها لا تتوفر على المؤهل العلمي المطلوب لمزاولة مهنة التدريس، وأن العاملين والمتدربين بمؤسسات التعليم الخصوصي يستفيدون مجانا من أسلاك التأطير ودورات التكوين الأساسي والمستمر التي تنظمها الأكاديمية الجهوية للتربية والتكوين حسب نص المادة 15 من قانون 00-05 المتعلق بالنظام الأساسي للتعليم الأولي.

وأن جميع القوانين التنظيمية المتعلقة بتنظيم قطاع التربية والتكوين أو المتعلقة بالنظام الأساسي للتعليم الأولي تستثني الكتاتيب القرآنية من البنود التي تلزم المؤسسات بالتزامات تعاقدية أو ضريبية، وقد أدلى بشهادة الإعفاء الضريبي لكون الكتاتيب تعتبر موروثا ثقافيا الأساس منه تعليم كتاب الله وليس له أغراض ربحية، ثم إن المواد 1 و2 و3 و4 تتحدث عن المقاولات الصناعية والفلاحية والتجارية التي يفوق عدد الأجراء العاملين بها خمسة أجراء وتخضع للضريبة، هذا فضلا عن إدلائه بمحضر معاينة يثبت أن الكتاب القرآني يتوفر على غرفتين للتدريس ومرحاض فقط ولا يتجاوز عدد المساعدين اثنان، إضافة إلى أن الاشتراك الشهري للمستفيد لا يتجاوز خمسين درهما وهو ما يعني أن الكتاب القرآني معفى بنص خاص من الخضوع لمدونة الشغل، إلا أن القرار المطعون فيه بقضائه للمطلوبة بالتعويض عن الفصل كان فاسد التعليل ويتعين نقضه.

حيث تبين صحة ما تم نعيه بالوسيلة على القرار، ذلك أن الثابت من وثائق الملف أن الطاعن صاحب كتاب قرآني وهو ما لم تنازع فيه المطلوبة في النقض ولم تثبت خلافه. والكتاب القرآني وإن كان مؤسسة تعليمية تستفيد من

بعض ما تستفيد منه مؤسسات التعليم الخصوصي المنظمة بمقتضى القانون رقم 06.00 بمثابة النظام الأساسي للتعليم المدرسي الخصوصي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.202 بتاريخ 2000/5/19 المنشور بالجريدة الرسمية عدد:4798 وتاريخ 2000/5/25 والتي تخضع (تلك المؤسسات) في في علاقتها بمستخدميها للالتزامات المنصوص عليها بمدونة الشغل وفق ما تقضي بذلك المادة 9 من القانون المذكور فإنه (الكتاب القرآني) لا يخضع لما تخضع له تلك المؤسسات بدليل التأكيد في المادة 32 من نفس القانون على أنه: " لا تطبق أحكام هذا القانون على الكتاتيب القرآنية ومدارس التعليم العتيق " مما يعني أن الكتاب القرآني لا تطبق عليه أحكام مدونة الشغل وهو ما تمسك به الطاعن الذي تبقى علاقته بالمطلوبة خاضعة للقانون العام ومنه ما يهم تقادم بعض حقوقها التي طبق عليها القرار خطأ مقتضيات المادة 395 من المدونة فكان بذلك عديم الأساس القانوني وهو ما يعرضه للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد رئيس الغرفة محمد سعد جرندي **رئيسا**، والمستشارين السادة: عبد اللطيف الغازي **مقررا** ونزهة مرشد وأحمد بنهدي ومحمد برادة **أعضاء**، وبحضور **المحامي العام** السيد محمد الفلاحي **وكاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 2984
الصادر بتاريخ 28 دجنبر 2016
في الملف الاجتماعي عدد 2016/2/5/953

إفراغ المشغلة تنفيذا لحكم قضائي – أثره.

لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، مالم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه، والمحكمة لما رفضت التعويضات المطلوبة من الأجيرة بعلة أن المشغلة حاولت درء ودفع أمر إفراغها من مكان العمل لكنها أجبرت عليه بموجب حكم قضائي، وأصبحت هي بنفسها بدون مقر حتى يمكنها الاحتفاظ بالعمال، فجاء بذلك قرارها مرتكزا على أساس ومعللا تعليلا سليما.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه أن المطلوبة تقدمت بمقال افتتاحي بتاريخ 2012/8/2 تطعن من خلاله في الحكم الابتدائي الصادر بتاريخ 2013/3/19 في الملف عدد: 2011/1501/397 عن المحكمة الابتدائية بالرباط والقاضي للأجيرة بالتعويض الثلاثي وبالتعويض عن العطلة السنوية 2011 وعن الأقدمية وأجرة مارس 2011 وشهادة العمل تحت غرامة تهديدية وبرفض الباقي، فقضت محكمة الاستئناف بإلغائه جزئيا فيما قضى به من التعويض الثلاثي وبعد التصدي الحكم برفض الطلب في شأنه وبتأييده في الباقي مع تعديله وذلك بتخفيض التعويض عن الأقدمية، كان محل طعن بالتعرض من طرف الأجيرة الطاعنة، وأجابت المطلوبة وبعد استنفاد أوجه الدفع والدفاع قضت محكمة

الاستئناف بإقرار القرار المتعرض عليه، وهذا هو القرار المطعون فيه بمقال تضمن وسيلتين واستدعيت المطلوبة و لم تجب.

في شأن الوسيلتين الأولى والثانية مجتمعتين:

تعيب الطاعنة على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني سليم، وسوء التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن المحكمة مصدرته اعتمدت تعليلا لا يرتكز على أساس قانوني وواقعي لأن إفراغ المشغلة من المحل الذي كانت تشغله على وجه الكراء ليس مبررا مشروعا لطردها وحرمانها من مستحقاتها المترتبة عن إعفائها من العمل، خاصة وأن مسطرة الإفراغ استغرقت مدة طويلة ما بين المحكمتين الابتدائية والاستئنافية، وأن الإفراغ للهدم وإعادة البناء يخول المكتري حق استرجاع المحل مع التعويض، وتكون بذلك واقعة الإفراغ متوقعة ومعروفة مسبقا مما ينتفي معه توفر شروط القوة القاهرة، ولا يمكن إعفاؤها من أداء التعويضات، ولا يعفيها من ذلك كذلك إنذارها من أجل الرجوع والالتحاق بالعمل بمقرها الجديد إذ أنها توصلت به بتاريخ 2011/5/6 أي بعد ثلاث وعشرين يوما من تقديمها لمقالها الافتتاحي بتاريخ 2011/4/13 وبعد أن تم توقيفها بتاريخ 2011/3/30 ولجوئها لمفتش الشغل وفشل محاولة التصالح أمامه مما يتعين معه نقض القرار.

لكن، حيث إنه وعملا بالفقرة من الفصل 269 من ق.ل.ع التي تنص على أنه: " لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه...." والثابت أن المطلوبة أجبرت على إفراغ المحل مكان العمل بسبب الهدم وإعادة البناء، وأنها بذلك تكون قد حاولت درء ودفع هذا الأمر، لكن بصدور حكم قضى بإفراغها بناء على معطيات قانونية وواقعية أصبحت هي بنفسها بدون مقر حتى يمكنها الاحتفاظ بالعمال، وهو ما اضطرها إلى الاستغناء وبشكل مؤقت عن

عمل الطاعنة إذ وبمجرد حصولها على مقر آخر بادرت إلى إشعارها من أجل الالتحاق بالعمل ولو كانت راغبة في ذلك لتنازلت عن دعواها والتحقت فور توصلها بالإنذار بإقرارها والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما انتهت إلى " ... أن المتعرض عليها لا يد لها في قرار الإفراغ للهدم وإعادة البناء الذي هو قرار قضائي..." ورتبت على ذلك إقرار القرار المتعرض عليه القاضي بإلغاء الحكم المستأنف جزئيا فيما قضى به من تعويض عن الضرر والفصل والحكم تصديا برفض الطلب في شأنه، فجاء قرارها على هذا النحو مرتكزا على أساس ومعللا تعليلا سليما وما بالوسيلتين غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد رئيس الغرفة: محمد سعد جرندي **رئيسا** والمستشارين السادة: نزهة مرشد **مقررة** عبد اللطيف الغازي وأحمد بنهدي ومحمد برادة **أعضاء** وبحضور **المحامي العام** السيد محمد فلاحي و**كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

الجزء السادس
قرارات الغرفة الجنائية

القرار عدد 1229
الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 2016
في الملف الجنائي عدد 2016/1/6/11017

حقوق الدفاع – أثر المساس بها.

إن المحكمة لما أدانت الطاعن في غيبته بجنايتين وعاقبته عنهما بحكم وصفته بمثابة حضوري في حقه، بعدما أثبتت فيه أنه بلغ بتاريخ الجلسة وتخلف عنها رغم توصله، والحال أنها لم تعمل على إحضاره رغم أن استدعاءه للجلسة من طرف السيد وكيل الملك بلغ إليه وأمضى عليه في السجن، تكون بذلك قد مست بحقوق دفاعه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على طلب النقض المرفوع من المسمى مصطفى (س)، بمقتضى تصريح أفضى به بتاريخ 16 مارس 2016 أمام مدير السجن المحلي (تولال 2) بمكناس، والرامي إلى نقض الحكم الصادر غيابيا – وإن وصف خطأ بأنه بمثابة الحضوري – عن المحكمة العسكرية الدائمة للقوات المسلحة الملكية بالرباط، بتاريخ 24 يونيو 2015 في القضية ذات العدد 2007/476/615 ع ع، والمبلغ إليه بتاريخ 15 مارس 2016، والقاضي بإدانته بجناية استيراد وحيازة مسدس ناري وخراطيش خاصة به بدون قانون، وبمعاقبته بثمان سنوات سجنا وبغرامة نافذة قدرها عشرون ألف درهم، وبمصادرة المحجوز لفائدة الدولة.

إن محكمة النقض/

بعد أن تلا السيد المستشار عبد الحق أبوالفراج التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى السيد عبد الكافي ورياشي المحامي العام في.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

في الشكل:

حيث إن طالب النقض كان يوجد رهن الاعتقال أثناء أجل طلب النقض، فهو معفى، بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 530 من قانون المسطرة الجنائية، من الإيداع المقرر بالفقرة الأولى منها.

وحيث إن خرق وإغفال إجراءات جوهرية إلزامية للمسطرة سابقة عن الحكم غيابيا في جناية وأدت إلى إصداره، يبرر قبول طعن الطالب المحكوم عليه فيه.

وحيث إنه لم يدل بمذكرة لبيان وسائل الطعن المنصوص عليها في المادة 528 من قانون المسطرة الجنائية، إلا أن الفقرة الثالثة من هذه المادة تجعل الإدلاء بالمذكرة المذكورة إجراء اختياريا في قضايا الجنايات بالنسبة لطالب النقض المدان دون سواه.

وحيث كان الطلب، علاوة على ذلك، موافقا لما يقتضيه القانون، فهو مقبول شكلا.

وفي الموضوع:

في شأن وسيلة النقض المثارة تلقائيا من طرف محكمة النقض لتعلقها بالنظام العام، المتخذة من خرق إجراء جوهري للمسطرة.

بناء على المادتين 115 و116 من قانون القضاء العسكري.

حيث تنص المادة 115 من القانون المذكور (الموازية للفصل 127 من قانون العدل العسكري المنسوخ) على ما يلي:

«استثناء من أحكام المواد 84 و85 و86 من هذا القانون، إذا تعذر إلقاء القبض على المتهم وإحالته في حالة اعتقال إلى المحكمة العسكرية، أو إذا فر بعد إحالته في حالة اعتقال، يصدر رئيس هيئة الحكم بالمحكمة العسكرية، بطلب من النيابة العامة، أمرا يبين فيه الجريمة التي ترتبت عنها المتابعة، وينص فيه على وجوب حضور المتهم داخل أجل ثمانية أيام ابتداء من التاريخ الذي استكملت فيه إجراءات نشر الأمر المذكور...

«إذا كان الفعل المنسوب للمتهم جناية فإن نشر الأمر يتضمن علاوة على ما ذكر تعليقه بباب محل سكنى المتهم وبكل من مقر السلطة الإدارية المحلية لسكناه وبباب المحكمة العسكرية.

«توجه النيابة العامة نسخة من الأمر، إذا كان الفعل يكون جناية، إلى مصلحة مديرية أملاك الدولة الواقع بدائرة نفوذها محل سكنى المتهم المتغيب».

كما تنص الفقرة الأولى من المادة 116 من نفس القانون (الموازية للفصل 128 من قانون العدل العسكري المنسوخ) على ما يلي:

«إذا حضر المتهم قبل انتهاء الأجل المنصوص عليه في المادة 115 أعلاه لا يجوز أن يحال إلى المحكمة العسكرية إلا بعد القيام بشكليات الإحالة المنصوص عليها في المواد 84 و85 و86 من هذا القانون، وإذا لم يحضر فإن المحكمة تصدر في حقه بمجرد انتهاء الأجل المذكور، بناء على ملتمسات النيابة العامة، حكما غيابيا أو حكما بناء على المسطرة الغيابية حسب الحالة»

وحيث إن الثابت من تنصيصات الحكم المطعون فيه أن المحكمة أدانت الطاعن في غيبته بجنايتين وعاقبته عنهما بحكم وصفته بمثابة الحضوري في حقه،

بعدما أثبتت فيه أنه بلغ بتاريخ الجلسة وتخلف عنها رغم توصله. والحال – حسب وثائق الملف – أن استدعاءه للجلسة من طرف السيد وكيل الملك بلغ إليه وأمضى عليه في السجن المحلي (تولال 2 بمكناس) حيث يعتقل تحت رقم 17.582، واعتدت المحكمة بعدم حضوره اختياريا رغم وضعية الاعتقال التي كان عليها ولم تعمل على إحضاره، فمست بذلك بحقوق دفاعه، من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن المحكمة، بحكمها في أفعال جنائية في غيبة المحكوم عليه، دون تطبيق المسطرة الغيابية في حقه، طبقا للقانون أعلاه، تكون قد خرقت مقتضياته المذكورة، وعرضت بالتالي حكمها المبني على ما ذكر للنقض والإبطال.

ونظرا لمقتضيات المادتين الثالثة والرابعة من القانون المتعلق بالقضاء العسكري رقم 13.108 بشأن اختصاص المحكمة العسكرية الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ ثاني يوليوز 2015، ولارتكاب الأفعال في الدائرة القضائية لمحكمة الاستئناف بآسفي.

من أجله

قضت بنقض الحكم المطعون فيه الصادر عن المحكمة العسكرية الدائمة للقوات المسلحة الملكية بالرباط بتاريخ 24 يونيو 2015 في القضية ذات العدد 2007/476/615.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل بحي الرياض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: الطيب أنجار **رئيسا**، والمستشارين عبد الحق أبو الفراج **مقررا** ومحمد لحفيا وبوشعيب بوطربوش والمصطفى هميد، **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد عبد الكافي ورياشي الذي كان يمثل النيابة العامة، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة اليماني.

القرار عدد 1308
الصادر بتاريخ 02 نونبر 2016
في الملف الجنائي عدد 2016/1/6/12082

جناية استيراد وحمل مسدس ناري بدون قانون – صدور حكم عن المحكمة العسكرية في غيبة المتهم – عدم تطبيق المسطرة الغيابية – أثره.

بمقتضى المادة 116 من قانون القضاء العسكري، إذا لم يحضر المتهم فإن المحكمة تصدر في حقه بمجرد انتهاء الأجل الوارد في المادة 115 بناء على ملتمسات النيابة العامة حكما غيابيا أو حكما بناء على المسطرة الغيابية حسب الحالة. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما بتت في أفعال جنائية في غيبة المحكوم عليه، دون تطبيق المسطرة الغيابية في حقه، تكون قد خرقت المقتضيات القانونية المذكورة.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على طلب النقض المرفوع من المسمى محمد (ر)، مدني، بمقتضى تصريح أفضى به بتاريخ 15 مارس 2016 أمام مدير السجن المحلي بتازة، والرامي إلى نقض الحكم الصادر غيابيا وإن وصف خطأ بمثابة حضوري بتاريخ 24 يونيو 2015 عن المحكمة العسكرية الدائمة للقوات المسلحة الملكية بالرباط في القضية ذات العدد 2014/2477/2962 ع ع – المبلغ إليه بتاريخ 15 مارس 2016 – والقاضي بمعاقبته من أجل جناية استيراد وحمل مسدس ناري وحيازة خراطيش خاصة به بدون قانون بسنتين اثنتين حبسا نافذا وبغرامة نافذة قدرها عشرة آلاف درهم، وبمصادرة المحجوز لفائدة الدولة.

إن محكمة النقض/

بعد أن تلا السيد المستشار عبد الحق أبوالفراج التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى السيد عبد الكافي ورياشي المحامي العام في مستنتجاته.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

في الشكل:

حيث إن طالب النقض كان يوجد رهن الاعتقال أثناء أجل طلب النقض، فهو معفى، بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 530 من قانون المسطرة الجنائية، من الإيداع المقرر بالفقرة الأولى منها.

وحيث إن خرق وإغفال إجراءات جوهرية إلزامية للمسطرة سابقة عن الحكم غيابيا في جناية وأدت إلى إصداره، يبرر قبول طعن الطالب المحكوم عليه فيه.

وحيث إنه لم يدل بمذكرة لبيان وسائل الطعن المنصوص عليها في المادة 528 من قانون المسطرة الجنائية، إلا أن الفقرة الثالثة من هذه المادة تجعل الإدلاء بالمذكرة المذكورة إجراء اختياريا في قضايا الجنايات بالنسبة لطالب النقض المدان دون سواه.

وحيث كان الطلب، علاوة على ذلك، موافقا لما يقتضيه القانون، فهو مقبول شكلا.

وفي الموضوع:

في شأن وسيلة النقض المثارة تلقائيا من طرف محكمة النقض لتعلقها بالنظام العام المتخذة من خرق إجراء جوهري للمسطرة.

بناء على المادتين 115 و116 من القانون القضاء العسكري.

حيث تنص المادة 115 من القانون المذكور (الموازية للفصل 127 من قانون العدل العسكري المنسوخ) على ما يلي:

«استثناء من أحكام المواد 84 و85 و86 من هذا القانون، إذا تعذر إلقاء القبض على المتهم وإحالته في حالة اعتقال إلى المحكمة العسكرية، أو إذا فر بعد إحالته في حالة اعتقال، يصدر رئيس هيئة الحكم بالمحكمة العسكرية، بطلب من النيابة العامة، أمرا يبين فيه الجريمة التي ترتبت عنها المتابعة، وينص فيه على وجوب حضور المتهم داخل أجل ثمانية أيام ابتداء من التاريخ الذي استكملت فيه إجراءات نشر الأمر المذكور...

«إذا كان الفعل المنسوب للمتهم جناية فإن نشر الأمر يتضمن علاوة على ما ذكر تعليقه بباب محل سكنى المتهم وبكل من مقر السلطة الإدارية المحلية لسكناه وبباب المحكمة العسكرية.

«توجه النيابة العامة نسخة من الأمر إذا كان الفعل يكون جناية إلى مصلحة مديرية أملاك الدولة الواقع بدائرة نفوذها محل سكنى المتهم المتغيب»».

وكما تنص الفقرة الأولى من المادة 116 من نفس القانون (الموازية للمادة 128 من قانون العدل العسكري المنسوخ) على ما يلي:

«إذا حضر المتهم قبل انتهاء الأجل المنصوص عليه في المادة 115 أعلاه لا يجوز أن يحال إلى المحكمة العسكرية إلا بعد القيام بشكليات الإحالة المنصوص عليها في المواد 84 و85 و86 من هذا القانون، وإذا لم يحضر فإن المحكمة تصدر في حقه بمجرد انتهاء الأجل المذكور بناء على ملتمسات النيابة العامة حكما غيابيا أو حكما بناء على المسطرة الغيابية حسب الحالة».

وحيث إن الثابت من تنصيصات الحكم المطعون فيه أن المحكمة أدانت الطاعن في غيبته بجنايتين وعاقبته عنهما بحكم وصفته بمثابة الحضوري في حقه

بعدما أثبتت فيه أنه بلغ بتاريخ الجلسة وتخلف عنها رغم توصله، والحال – حسب وثائق الملف – أن استدعاءه للجلسة من طرف السيد وكيل الملك بلغ إليه وأمضى عليه في السجن المحلي بتازة حيث يعتقل تحت رقم (...)، واعتدت المحكمة بعدم حضوره اختياريا رغم وضعية الاعتقال التي كان عليها و لم تعمل على إحضاره، فمست بذلك بحقوق دفاعه، من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن المحكمة، بحكمها في أفعال جنائية في غيبة المحكوم عليه، دون تطبيق المسطرة الغيابية في حقه، طبقا للقانون أعلاه، تكون قد خرقت مقتضياته المذكورة، وعرضت بالتالي حكمها المبني على ما ذكر للنقض والإبطال.

ونظرا لمقتضيات المادتين الثالثة والرابعة من القانون المتعلق بالقضاء العسكري رقم 108.13 بشأن اختصاص المحكمة العسكرية، الذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ ثاني يوليوز 2015، ولارتكاب الفعل في الدائرة القضائية لمحكمة الاستئناف بتازة.

من أجله

قضت بنقض الحكم المطعون فيه الصادر عن المحكمة العسكرية الدائمة للقوات المسلحة الملكية بالرباط بتاريخ 24 يونيو 2015 في القضية ذات العدد 2014/2477/2962 ع ع.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل بحي الرياض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: الطيب أنجار **رئيسا** والمستشارين عبد الحق أبوالفراج **مقررا** ومحمد لحفيا وبوشعيب بوطربوش والمصطفى حميد **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد عبد الكافي ورياشي الذي كان يمثل النيابة العامة، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة اليماني

القرار عدد 1482
الصادر بتاريخ 07 دجنبر 2016
في الملف الجنائي عدد 2016/1/6/16373

اختصاص نوعي – قرار استئنافي مؤيد للحكم بعدم الاختصاص – مطالب بالحق المدني – انتفاء المصلحة في طلب نقضه.

لما كان الأمر يتعلق بدعوى عمومية حركتها النيابة العامة، ودعوى مدنية تابعة لفائدة المطالب بالحق المدني، وصدور حكم بشأنهما قضى بعدم الاختصاص النوعي وإحالة الملف على من له حق النظر، فإن استئنافه من طرف المطالب بالحق المدني وحده، وصدور قرار مؤيد له، يترتب عنه صيرورة الحكم المذكور نهائيا وباتا في شقه المتعلق بالدعوى العمومية لعدم استئنافه من قبل طرفيها، وأضحت مسطريا محالة على غرفة الجنايات، مما يجعل مصلحة الطاعن في طلب النقض منتفية.

عدم قبول الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على طلب النقض المرفوع من المطالب بالحق المدني المسمى طارق (ي)، بمقتضى تصريح أفضى به بتاريخ سابع وعشري ماي 2016 أمام كاتب الضبط بمحكمة الاستئناف بوجدة، والرامي إلى نقض القرار الصادر حضوريا بتاريخ ثالث وعشري ماي 2016 عن غرفة الجنح الاستئنافية بها في القضية ذات العدد 16/1001، والقاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بعدم الاختصاص النوعي وإحالة الملف على من له حق النظر.

إن محكمة النقض،

بعد أن تلا السيد المستشار المصطفى حميد التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى السيد عبد الكافي ورياشي المحامي العـــام في مستنتجاته.

وبعد الاطلاع على مذكرة بيان وسائل الطعن بالنقض المدلى بها من لدن العارض، بإمضاء الأستاذ أحمد (ط) المحامي بهيئة المحامين بوجدة، المقبول للترافع أمام محكمة النقض.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

في الشكل:

بناء على المادة 523 من قانون المسطرة الجنائية.

حيث تنص هذه المادة على ما يلي:

«لا يقبل طلب النقض من أي شخص إلا إذا كان طرفا في الدعوى الجنائية، وتضرر من الحكم المطعون فيه».

وحيث إن قرار غرفة الجنح الاستئنافية المطعون فيه بالنقض من طرف المطالب بالحق المدني وحده أيد الحكم الابتدائي المستأنف من طرفه والقاضي بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية الجنحية في الأفعال الجرمية المحالة عليها باعتبارها من اختصاص غرفة الجنايات.

وحيث إن وثائق الملف تفيد أن الدعوى العمومية حركتها النيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية بتاريخ 2016/03/27، وعرضت على جلستي 2016/03/28 و2016/04/06 التي رفع فيها المطالب بالحق المدني دعواه المدنية، ثم عرضتا معا على جلسات: 2016/04/15 و2016/04/22 و2016/04/26 و2016/05/05 التي أثير فيها عدم الاختصاص ونوقش من أطراف الدعويين بعد الاستماع إلى شهادة شاهد، وبجلسة 2016/05/06 قضت المحكمة بعدم الاختصاص في القضية

وبإحالتها على من له حق النظر. بعد أن تبين لها، من دراستها لوقائعها وبحكم سلطتها التقديرية في الموضوع، أن الأفعال تشكل جناية وجنحا مرتبطة بها ارتباطا لا يقبل التجزئة طبقا للمادة 256 من قانون المسطرة الجنائية. وتختص بالبت فيها غرفة الجنايات واستأنفه الطاعن المطالب بالحق المدني وحده.

وبذلك كانت الدعويان قد أقيمتا معا طبقا للقانون واستقرت مراكز أطرافهما بدون منازع، وموروست في كل منهما الإجراءات القضائية المرتبطة باستقلاليتها في عدة جلسات، مما يوجب على المحكمة البت فيهما معا بمقرر قضائي واحد، طالما أن إحداهما ترمي إلى تعويض أضرار نجمت عن الجرائم موضوع الأخرى (المادتان 1/7 و1/9 و1/348 من قانون المسطرة الجنائية).

وحيث إن الطالب نعى في مرحلة الاستئناف، على المحكمة الابتدائية كونها قضت بعدم اختصاصها في الجنح بعد أن اعتبرتها مرتبطة بجناية في القضية، بينما رأى الطاعن أنها غير مرتبطة بها وأن المحكمة الجنحية – غرفة الجنايات – هي المختصة في دعواه المدنية المترتبة عن تلك الجنح، وطلب إلغاء الحكم الابتدائي بخصوصها، غير أن محكمة الاستئناف قضت بتأييده، فطعن فيه بالنقض بمفرده.

وحيث إن الحكم المذكور بعدم الاختصاص أصبح نهائيا وباتا في شقه المتعلق بالدعوى العمومية لعدم استئنافه من قبل طرفيها، وأضحت مسطريا محالة على غرفة الجنايات، وخارج حوزة المحكمة الجنحية التي تمنعها حجية حكمها المذكور من العودة إلى النظر فيها. الأمر الذي كان معه استئناف الطاعن لما قضى به في دعواه المدنية في هذه الحالة – رغم قبوله شكلا – غير مفيد له بحكم تبعية دعواه للدعوى العمومية، وافتقارها إلى سند لبقائها في المحكمة الجنحية المذكورة، حتى لو تمت – فرضا – الاستجابة لطلبه فقضت – لذلك – محكمة الاستئناف عن حق بتأييد الحكم الابتدائي، وإن بتعليل تنقصه الدقة في التعبير عن موقف القانون من الأمر، ولا تأثير لذلك على سلامة القرار.

كما أن التبعية والحجية المذكورتين تجعلان مصلحة الطاعن في طلبه نقض القرار الاستئنافي المذكور - رغم قبوله شكلا - منتفية، طبقا للمادة المذكورة أعلاه، لعدم أهلية المحكمة الجنحية بدرجتيها - حسب ما ذكر - للبت في الدعوى العمومية التي أسس عليها الطالب دعواه المدنية، فهي غير مؤهلة لنظرها أيضا مما يتعين معه التصريح بعدم قبول طلبه لانعدام مصلحته فيه.

من أجله

قضت بعدم قبول الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل بحي الرياض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: الطيب أنجار رئيسا والمستشارين المصطفى حميد مقررا ومحمد لحفيا وبوشعيب بوطربوش وجمال سرحان، أعضاء. وبمحضر المحامي العام السيد عبد الكافي ورياشي الذي كان يمثل النيابة العامة، وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة اليماني.

القرار عدد 1557
الصادر بتاريخ 28 دجنبر 2016
في الملف الجنحي عدد 2016/1/6/15445

مذكرة بحث – طلب إلغائها – اختصاص النيابة العامة.

من المقرر أن اختصاص غرفة الجنح الاستئنافية في غرفة المشورة محدد بمقتضى المواد من 396 إلى 415 من ق.م.ج. المحكمة لما بتت في طلب إلغاء مذكرة البحث لتقادم الدعوى العمومية، رغم أن حق النظر فيه من اختصاص النيابة العامة وحدها، يشكل شططا في استعمال السلطة وجاء قرارها خارقا لقواعد جوهرية للمسطرة.

نقض بدون إحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على طلب النقض المرفوع من طرف السيد نائب الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بتطوان، بمقتضى تصريح أفضى به بتاريخ 2016/05/03 أمام كاتب الضبط بها، والرامي إلى نقض القرار الصادر بتاريخ 2016/04/25 عن غرفة الجنح الاستئنافية بها في القضية ذات العدد 13/938، القاضي: (بإلغاء مذكرة البحث والأمر بإلغاء القبض الصادرين في حق الطالبين عبد السلام (أ) ومحمد (أ) بموجب المسطرة عدد 341 ش.ق. بتاريخ 2008/02/13 المنجزة من طرف الشرطة القضائية بتطوان، وذلك لتقادم الدعوى العمومية بشأنها، ولا داعي لاستيفاء الصائر)، وذلك بناء على طلبهما المشترك المقدم إلى المحكمة بإمضاء محاميهما الأستاذ محمد (س).

إن محكمة النقض/

بعد أن تلا السيد المستشار بوشعيب بوطربوش التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى السيد عبد الكافي ورياشي المحامي العام في مستنتجاته.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

نظرا لمذكرة بيان أسباب الطعن بالنقض المدلى بها من لدن الطاعن، بإمضائه.

في شأن وسيلة النقض الفريدة المستدل بها في مذكرة العارض، المتخذة من الخرق الجوهري للقانون، **والوسيلة المثارة تلقائيا من طرف محكمة النقض لتعلقها بالنظام العام**، المتخذة من الشطط في استعمال السلطة، ذلك أنه **من جهة أولى**، فقد صدر القرار المطعون فيه عن غرفة الجنح الاستئنافية في غرفة المشورة التي حددت قواعد قانون المسطرة الجنائية اختصاصاتها في المواد من 396 إلى 415 من ق.م.ج. ولا تخولها حق النظر في طلب إلغاء مذكرة البحث لتقادم الدعوى العمومية، الذي يبقى من اختصاص النيابة العامة وحدها، وتولت غرفة المشورة المذكورة ذلك دون أن تكون مختصة فيه قانونا. كما أن الملف الذي ضم إليه طلب التصريح بما ذكر، يتعلق بدعوى عمومية لا علاقة لمقدمي الطلب بها، مما يشكل خرقا لقواعد جوهرية للمسطرة.

ومن جهة ثانية، فقد بتت غرفة الجنح الاستئنافية في تقادم دعوى عمومية في حق المطلوبين، مع أن تنصيصات القرار المطعون فيه ووثائق الملف لا تفيد أن هذه الدعوى أقيمت عليهما أصلا، ولا أنهما استأنفا إليها حكما ابتدائيا صدر عليهما، أو أنهما أثارا نزاعا عارضا أمامها بشأن تنفيذ مقرر استئنافي لها. مما يعتبر معه حكمها فيما ذكر بناء على مجرد طلب قدم إليها، شططا في استعمال السلطة.

مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض والإبطال.

بناء على المواد 1/253 و1/599 و1/600 و534 من قانون المسطرة الجنائية.

حيث تنص مقتضيات هذه المواد، بشأن اختصاص المحكمة المطعون في قرارها، على ما يلي، على التوالي:

- «تختص غرف الجنح الاستئنافية بالنظر في الاستئنافات المرفوعة ضد الأحكام الصادرة ابتدائيا عن المحاكم الابتدائية».

- «يرجع النظر في النزاعات العارضة المتعلقة بالتنفيذ إلى المحكمة التي أصدرت المقرر المراد تنفيذه».

- «تنظر المحكمة في النزاعات العارضة بغرفة المشورة، بناء على ملتمسات النيابة العامة أو بناء على طلب يرفعه الطرف الذي يهمه الأمر».

وحيث إن القرار المطعون فيه صدر عن غرفة الجنح الاستئنافية في غرفة المشورة، وقضى بإلغاء مذكرة للبحث والقبض صدرا في حق المطلوبين في النقض المسمين عبد السلام (أ) ومحمد (أ)، بمناسبة إعداد مسطرة سابقة للشرطة القضائية، بعد أن صرحت - الغرفة المذكورة - بأن الدعوى العمومية تقادمت في حقهما. وذلك بناء على مجرد طلب مكتوب بذلك قدمه إليها محامي المذكورين.

وحيث إن وثائق الملف وتنصيصات القرار المطعون فيه لا تفيد أن المطلوبين أقيمت عليهما أو مورست ضدهما أي دعوى عمومية طبقا للقانون، كفاعلين للجريمة أو مساهمين أو مشاركين في ارتكابها، وأن المحكمة ناقشت موضوعها ضدهما حتى تخول قانونا حق البت في تقادمها في مواجهتهما، وفي إلغاء مذكرة بحث عنهما كأثر متفرع عن حصول هذا التقادم.

كما لا يستفاد من تلك الوثائق ومضمن القرار أنه تم استئناف حكم ابتدائي تضرر منه مقدما الطلب ونقل القضية ونشرها أمام المحكمة كدرجة

ثانية، ولا أن الأمر يتعلق بنزاع عارض بشأن تنفيذ قرار صدر ضدهما عن نفس المحكمة.

غير أنها أوردت أن الطلب (قدم مستوفيا للشروط المطلوبة قانونا. مما يتعين معه قبوله شكلا)، لكن دون بيان الشروط المستوفاة أو نص القانون المعتمد.

وحيث إن قبول غرفة الجنح الاستئنافية المطعون في قرارها للطلب المذكور المجرد، والحكم فيه بشكل مستقل، بتقادم دعوى عمومية وبإلغاء مذكرة بحث عن المطلوبين، دون أن تبرز أنه عرض عليها موضوع هذه الدعوى وناقشته، أو تثبت أنها مقامة عليهما أصلا، ودون أن يرفع إليها استئناف يبرر نقل الدعوى إليها من درجة ابتدائية ونشرها قانونا أمامها، يشكل - كل ذلك - خرقا لقواعد القانون ونصوصه المنقولة أعلاه المحددة لاختصاصها، وتجاوزا وشططا في استعمال السلطة، مما يعرض القرار للنقض والإبطال.

وحيث إن إبطال المقرر المذكور لا يترك شيئا في الجوهر يمكن البت فيه، فيتعين - طبقا لنص المادة 1/553 من قانون المسطرة الجنائية - الحكم بالنقض دون إحالة.

من أجله

قضت بنقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2016/04/25 عن غرفة الجنح الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بتطوان، في القضية ذات العدد 13/938.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل بحي الرياض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: الطيب أنجار رئيسا،

والمستشارين بوشعيب بوطربوش **مقررا** ومحمد لحفيا والمصطفى حميد وجمال سرحان، **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد عبد الكافي ورياشي الذي كان يمثل النيابة العامة، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة اليماني.

القرار عدد 397
الصادر بتاريخ 23 مارس 2016
في ملف التسليم عدد 2016/3/6/21179

مسطرة تسليم المجرمين – جريمة التفالس – عدم اتسامها بأي طابع سياسي.

إن جريمة التفالس المحكوم بها على المطلوب تسليمه في إطار المساطر القانونية المعمول بها لا تكتسي أي طابع سياسي، وأن النشاط السياسي الذي كان يمارسه هذا الأخير في إطار مهامه ككاتب عام لحزب سياسي لا ينهض سببا يجعل من الجريمة التي اقترفها جريمة سياسية، إذ المعيار الذي يميز هذه الجريمة مرتبط بطبيعة الجريمة في حد ذاتها وليس بصفة مقترفها.

الموافقة على التسليم

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على الطلب الرسمي المرفوع من طرف السلطات القضائية الإيطالية المحال على هذه الغرفة بواسطة السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض الرامي إلى تسليمها المواطن الإيطالي الجنسية أعلاه الذي سبق إيقافه بالتراب الوطني للمملكة المغربية بتاريخ 2015/12/07 بمقتضى أمر دولي بإلقاء القبض.

إن محكمة النقض/

بعد أن تلا المستشار السيد المصطفى البعاج التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى السيد ابراهيم الرزيوي المحامي العام في مستنتجاته.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

نظرا للمادة 713 وما بعدها من قانون المسطرة الجنائية.

ونظرا للمادة 29 من اتفاقية تسليم المجرمين المبرمة بين المملكة المغربية والجمهورية الإيطالية بتاريخ 1971/02/12.

يستفاد من الوثائق والمستندات المرفقة بالملف، أن السلطات القضائية الإيطالية كانت قد أصدرت في مواجهة المطلوب تسليمه المذكور أعلاه مذكرة بحث دولية بإلقاء القبض عدد 475/15 OE صادرة عن الوكيل العام بمحكمة الاستئناف بروما بتاريخ 2015/06/05 من أجل تطبيق عقوبة سجنية مدتها ست سنوات وتسعة أشهر المحكوم عليه بها بمقتضى القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بنفس المدينة بتاريخ 2014/05/27 والذي أضحى نهائيا بتاريخ 2015/05/14 من أجل جريمة التفالس بالتدليس.

وأنه بناء على الأمر بإلقاء القبض الصادر عن السلطات القضائية الإيطالية تم إحضار المطلوبة تسليمه بتاريخ 2015/12/07 أمام السيد وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء وتم استجوابه حول هويته وإخباره بمضمون السند الذي اعتقل بسببه وأودع موقتا بالمركب السجني بسلا.

وأن السيد الوكيل العام للملك بمحكمة النقض تقدم بملتمس بتاريخ 2016/01/06 مرفق بنسخة من كتاب السيد وزير العدل والحريات عدد 38س/03 وتاريخ 2016/01/05 وبنسخة من الوثائق الرسمية الصادرة عن السلطات القضائية الإيطالية يتضمن مستنتجاته بشأن مسطرة التسليم الجارية في حق المطلوب تسليمه الرامية إلى إبداء الرأي بالموافقة على طلب التسليم.

وبعد إحالة الملف على محكمة النقض واتخاذ كافة الإجراءات القانونية أدرج الملف بعدة جلسات آخرها جلسة 02 مارس 2016 أحضر لها المطلوب في حالة اعتقال مؤازرا بدفاعه الأستاذ (ز) والأستاذ (إ) عن الأستاذ (ب). وبعد التحقق من هويته وإشعاره بموضوع طلب التسليم وتلاوة التقرير بواسطة

الترجمان المحلف ابراهيم (ا)، صرح بأن ما جاء في التقرير عبارة عن مغالطات غير صحيحة وأنه سبق له أن تقدم بشكاية ضد رئيس المحكمة، كما أنه أدى جميع الديون ويتوفر على الوصولات التي أدلى بها إلى السلطات الإيطالية، موضحا أن هناك مؤامرة ضده تهدد حياته في حالة تسليمه، وأن قضيته ذات صبغة سياسية وأن الحكم الصادر في حقه ليس نهائيا لأن محكمة النقض لم تبت نهائيا والدستور الإيطالي يخول لمواطنيه رفع دعوى استثنائية بعد صدور حكم محكمة النقض مبرزا أنه يطلب اللجوء السياسي. وأعطيت الكلمة بعد ذلك إلى السيد الوكيل العام للملك الذي أكد ملتمساته الكتابية.

وأعطيت الكلمة للأستاذ (ز) فأدلى بحكم صادر عن محكمة روما بعدم اعتقاله وإدانة وزارة العدل الإيطالية بالإهمال، كما أدلى بشكاية موضحا أن موكله قدم من تونس ولم تعتقله السلطات التونسية، وأن الجريمة المتابع بها موكله تكتسي طابعا مدنيا وتجاريا وليس جنائيا، وأن الملف له صبغة سياسية ومجرد تصفية حسابات ملتمسا رفض طلب التسليم لكون موكله مريض وأن القضاء الإيطالي يغلب عيه الطابع السياسي.

وأعطيت الكلمة بعد ذلك للأستاذ (إ) عن الأستاذ (ب) فأكد مرافعة زميله وأضاف أن هناك خطر على حياة المطلوب في حالة تسليمه لإيطاليا، موضحا أن هذا الأخير كان مناضلا عن الديمقراطية واستقلال القضاء وأن الملف له أبعاد سياسية، وأن جميع التهم الموجهة إليه مفبركة من طرف معارضيه. كما تطرق للاتفاقية المبرمة بين المغرب وإيطاليا خاصة المادة 32 وكذلك المادة 721 من قانون المسطرة الجنائية مؤكدا أن موكله تعرض لجلطة دماغية عندما كان معتقلا احتياطيا، وأدلى بحكم قضائي صادر عن محكمة روما يجبر وزارة العدل الإيطالية بأداء تعويض لموازره نتيجة الإهمال الطبي المتعمد الذي لقيه في السجون الإيطالية مع ترجمة رسمية للغة العربية، وبتقريرين للشرطة الإيطالية بخصوص واقعة التهديد بالقتل التي تعرض لها مع ترجمة رسمية للغة العربية، وبنماذج

لمقالات صحفية توضح نموذج للصراعات السياسية، وبتقرير عن حالته الصحية ناتج عن خبرة طبية مرفق بترجمة غير رسمية للغة الفرنسية، ملتمسا رفض طلب التسليم مع الإشارة إلى أن موكله طلب اللجوء السياسي وأدلى بمذكرة تعزيزية للمرافعة.

وأعطيت الكلمة الأخيرة للمطلوب تسليمه الذي أكد أنه في حالة تسليمه سوف تكون حياته في خطر موضحا أن له نزاع مع الحزب الشيوعي الذي له تأثير على القضاء الإيطالي. فتقرر حجز القضية للمداولة.

حيث إن المطلوب تسليمه أثار شخصيا وبواسطة دفاعه عدم جواز تسليمه إلى السلطات القضائية الطالبة لكون قضيته لها أبعاد سياسية ناتجة عن أنشطته السياسية والاقتصادية الثابتة من خلال مقالاته الصحفية وكتاباته المنشورة مستدلا على ذلك بمقتضيات المادة 721 من قانون المسطرة الجنائية والمادة 32 من الاتفاقية المغربية الإيطالية بشأن التعاون القضائي المتبادل وتنفيذ الأحكام القضائية وتسليم المجرمين المبرمة بتاريخ 12 فبراير 1971.

وحيث إنه بمقتضى المادة 721 من قانون المسطرة الجنائية والمادة 32 من الاتفاقية المغربية الإيطالية بشأن تسليم المجرمين المشار إليها أعلاه لا يوافق على التسليم إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم تعتبر جريمة سياسية أو مرتبطة بجريمة سياسية.

وحيث بالرجوع إلى وثائق الملف يتضح أن المطلوب تسليمه محكوم عليه من أجل جريمة التفالس التدليسي المتمثل في اختلاس مبلغ 30 مليار ليرة إيطالية كانت قد منحته إياه مؤسسة القروض والادخار الإيطالية من أجل تمويل مركب عقاري عن طريق تفويت هذا المركب إلى شركة أخرى يعتبر فيها الشريك الرئيسي دون مقابل من أجل حرمان الدائن من الضمانات المالية، وهي جريمة منصوص عليها وعلى عقوبتها في المادة 110 من القانون الجنائي الإيطالي والمواد

219 و216 من قانون الإفلاس الإيطالي، وتكون بذلك جريمة من الجرائم العادية التي لا يمكن اعتبارها بأي حال من الأحوال جريمة سياسية أو مرتبطة بمثل هذه الجريمة إذ الهدف منها هو أخذ أموال الدائنين بطرق غير مشروعة وملتوية من أجل تحقيق منفعة شخصية لا علاقة لها بمصلحة المجتمع أو الوطن.

وحيث، لئن لم يعرف المشرع مفهوم الجريمة السياسية، فإن الفقه والاجتهاد القضائي على المستوى الدولي دأبا على وضع بعض النماذج المتمثلة في الجرائم المعقدة كالجرائم الموجهة ضد رؤساء الدول أو أفراد عائلاتهم، والجرائم الاجتماعية التي لا تعني النظام ولكن تكون موجهة ضد المجتمع بأكمله.

وحيث إنه، والحال ما ذكر أعلاه فإن جريمة التفالس المحكوم بها على المطلوب تسليمه من طرف القضاء الإيطالي في إطار المساطر القانونية المعمول بها لا تكتسي أي طابع سياسي، وأن النشاط السياسي الذي كان يمارسه هذا الأخير في إطار مهامه ككاتب عام للحزب الاشتراكي الديمقراطي المعارض للحزب الشيوعي بإيطاليا لا ينهض سببا يجعل من الجريمة التي اقترفها جريمة سياسية، إذ المعيار الذي يميز هذه الجريمة مرتبط بطبيعة الجريمة في حد ذاتها وليس بصفة مقترفها مما يكون معه وجه الدفاع الأول على غير أساس.

وحيث إن المطلوب تسليمه أثار أيضا بواسطة دفاعه أنه سيتعرض للتعذيب والتشديد عليه وأن حياته ستكون في خطر في حالة تسليمه إلى السلطات الطالبة مستدلا بالمادة 721 من قانون المسطرة الجنائية، وبالحكم القضائي الصادر عن محكمة روما الذي يثبت التماطل والتقصير العمدي لوزارة العدل الإيطالية في تقديم المساعدة الطبية إليه عندما كان معتقلا في السجن التابع لها، وبالمادة 3 من الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة والتي صادق عليها المغرب.

حيث إنه بمقتضى المادة 721 من قانون المسطرة الجنائية فإنه لا يوافق على التسليم إذا اعتقدت السلطات المغربية، لأسباب جدية أن طلب التسليم المستند

إلى جريمة من الجرائم العادية لم يقدم إليها إلا بقصد متابعة أو معاقبة شخص من أجل اعتبارات عنصرية أو دينية تتعلق بالجنسية أو بآراء سياسية، أو أن وضعية هذا الشخص قد تتعرض من جراء إحدى هذه الاعتبارات لخطر التشديد عليه، وأنه بمقتضى المادة 3 من الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب فإنه لا يجوز لأي دولة طرف أن تطرد أي شخص أو أن تعيده أو تسلمه لدولة أخرى إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الاعتقاد بأنه سيكون في خطر التعرض للتعذيب.

وحيث إن المطلوب تسليمه استند في التمسك بالمادتين المذكورتين على الحكم الذي صدر لفائدته عن محكمة روما والذي يحمل وزارة العدل مسؤولية التقصير والإهمال اللذين تعرضا لهما عندما كان معتقلا بالسجن الإيطالي.

لكن، حيث إن الحكم القضائي المستدل به يوضح بجلاء أن القضاء الإيطالي أنصف المطلوب تسليمه وحمل مسؤولية منعه من تلقي العلاج بالمؤسسة السجنية لوزارة العدل، وهو ما يستشف منه بأن النظام القضائي الإيطالي مستقل تماما عن السلطة السياسية. هذا فضلا على كون المطلوب تسليمه لم يقدم أي سبب جدي يمكن الارتكاز عليه للقول بأن الجريمة المحكوم بها عليه وإن كانت عادية كما سلف ذكره فإن الغرض منها معاقبته من أجل آرائه السياسية. يضاف إلى ذلك أن الإهمال الذي تعرض له بالسجن لا يمكن اعتماده كسبب حقيقي للقول بأنه سيتعرض لخطر التعذيب خاصة وأن القضاء الإيطالي رتب عليه مسؤولية وزارة العدل كما سلف ذكره، وبالتالي فإن وجه الدفاع الثاني على غير أساس كذلك.

وحيث إن المطلوب تسليمه أثار كذلك كونه تقدم بصفة رسمية عن طريق دفاعه بطلب اللجوء السياسي إلى المفوضية السامية لشؤون اللاجئين فرع المغرب، الشيء الذي يترتب عليه وقف كافة الإجراءات إلى غاية صدور قرار نهائي بمنح اللجوء من عدمه مستدلا بمقتضيات المادة 33 من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951.

حيث إن المادة 33 من الاتفاقية المذكورة تنص على أنه لا يجوز لأي دولة متعاقدة أن تطرد لاجئا أو ترده بأي صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته أو حريته مهددين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة بسبب آرائه السياسية.

حيث إنه بمقتضى المادة 14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فإنه لا يمكن إثارة حق اللجوء إلى بلد آخر في حالة متابعات تستند حقيقة على جريمة من القانون العمومي أو على تصرفات مضادة لأهداف ومبادئ الأمم المتحدة.

وحيث إن المنع من الدخول والطرد من جهة، والتسليم من جهة أخرى هي إجراءات تختلف تماما من حيث الطبيعة والموضوع والمسطرة المتبعة. فما دامت المادة 33 المشار إليها أعلاه لا تنص صراحة ولا ضمنا على مسطرة التسليم، فإن هذا الإجراء يبقى ممكنا ضد اللاجئين متى ثبت أنهم اقترفوا أفعال إجرامية مطلوبين من أجلها.

وحيث إنه تبعا لذلك فإن المطلوب تسليمه حتى وإن اكتسب صفة لاجئ، فهذا لا يمنع بمقتضى المادتين المذكورتين أعلاه من تسليمه إلى السلطات القضائية الإيطالية من أجل تطبيق العقوبة المحكوم بها عليه من طرف القضاء الإيطالي، وبالتالي فوجه الدفاع الثالث يكون أيضا على غير أساس.

وحيث إن طلب التسليم موضوع القضية قدم إلى السلطات المغربية كتابة وبالطريق الدبلوماسي كما أنه مرفق بالأمر بإلقاء القبض الصادر عن السلطات القضائية الإيطالية، وبملخص للأفعال التي طلب من أجلها التسليم، وببيان دقيق لأوصاف الشخص المطلوب تسليمه وبجميع المعلومات التي تثبت هويته وكذا بالفصول القانونية المطبقة على النازلة.

وحيث إنه ثابت من خلال وثائق الملف أن المطلوب تسليمه هو مواطن إيطالي، وليس من جنسية مغربية، وتم إيقافه فوق التراب المغربي، وأنه كان مبحوث عنه من أجل الجريمة المذكورة أعلاه.

وحيث إن الأفعال المرتكبة من طرف المطلوبة تسليمه معاقب عليها بالقانون المغربي وتشكل جنحة التفالس المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصول 721 و722 و723 من مدونة التجارة.

وحيث إن الجريمة المطلوب من أجلها التسليم لا تتعلق بإخلالات عسكرية و لم تسقط بمضي مدة التقادم.

وحيث إن طلب التسليم جاء مستوفيا للشروط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها قانونا.

لهذه الأسباب

تصرح بإبداء الرأي بالموافقة على تسليم المطلوب ريناتو (د) إلى السلطات القضائية الإيطالية الطالبة له.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل حي الرياض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: محمد بن حمو رئيسا والمستشارين السادة المصطفى البعاج مقررا وزكرياء كنوني ومصطفى نجيد وعبد المولى بقال وبمحضر المحامي العام السيد ابراهيم الرزيوي وبمساعدة كاتب الضبط السيد عزيز ايبورك.

القرار عدد 1229
الصادر بتاريخ 28 دجنبر 2016
في الملف الجنحي عدد 45-2016/5/6/10342

خطأ المؤاجر أو أحد مأموريه - الأساس القانوني لتقديره.

إن المحكمة عندما اقتصرت في تقدير خطأ المؤاجر ومأموريه الذي أسس عليه الطاعنون (ذوو حقوق الأجير) مطالبهم، على الوصف الجنائي للأفعال التي أدين من أجلها المطلوبون في النقض بعلة غياب عنصر العمد طبقا للقواعد العامة للمسؤولية الجنائية، دون مناقشة هذا الخطأ بوصفه عمديا أو غير مقبول انطلاقا من مقتضيات الفصول من 310 إلى 312 من ظهير 1963/02/6 وفي إطار المسؤولية التقصيرية التي تنظمها أحكام القانون المدني تكون جعلت قرارها مشوبا بعيبي فساد التعليل وسوء تطبيق القانون المنزلين منزلة انعدام التعليل.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على طلب النقض المرفوع من المطالبين بالحق المدني ذوي حقوق الهالكة بديعة (ت) وهم زوجها رشيد (ق) أصالة عن نفسه ونيابة عن بنته القاصرة شيماء، والدها رحالي (ت) ووالدتها السعدية (ب) بمقتضى تصريح مشترك أفضوا به بواسطة محاميتهم بتاريخ 2015/01/15 لدى كتابة ضبط محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، والرامي إلى نقض القرار الصادر بمثابة حضوري عن غرفة الجنح الاستئنافية بها بتاريخ 2015/01/13 في القضية ذات العدد 2014/2602/3029، القاضي بإلغاء الحكم الابتدائي المحكوم لهم بمقتضاه بتعويض

مدني قدره 100000,00 درهم لكل واحد منهم وذلك في مواجهة المطلوبين في النقض عبد العالي (م) وعادل (م) المدانين من أجل القتل الخطأ والجرح الخطأ والإصابة غير العمدية وعدم توفير متطلبات وتجهيزات السلامة اللازمة للحفاظ على صحة الأجراء، وهشام مكافح المدان من أجل التسبب عن غير عمد في حريق أملاك عقارية ومنقولة نتج عنه موت أكثر من شخص وإصابة آخرين بجروح مع إحلال شركتي التأمين "..." و"..." محل مؤمنيهما في الأداء والحكم بعد التصدي برفض الطلب وتحميل رافعيه الصائر.

إن محكمة النقض/

بعد أن تلا المستشار حسن البكري التقرير المكلف به في القضية،

وبعد الإنصات إلى السيد عزيز التفاحي المحامي العام في مستنتجاته،

وبعد المداولة طبقا للقانون، وضم الملفات من 2015/10342 إلى 2015/10345 لارتباطها والاطلاع على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف الأستاذ الحلو (ز) والشركاء عن شركة التأمين "..."،

في الشكل: حيث إن طلب النقض قدم وفق الشروط الشكلية اللازمة وأرفق بمذكرة مستوفية الشروط فكان بذلك مقبولا شكلا.

في الموضوع: نظرا للمذكرة المشتركة المدلى بها من طرف الطاعنين بإمضاء من الأستاذة فاطمة (ص) المحامية بهيئة الدار البيضاء المقبولة للترافع أمام محكمة النقض.

في شأن وسيلتي النقض الأولى والثانية المتخذتين في مجموعهما من سوء وفساد التعليل الموازيين لانعدامه، والتحريف الخطير لوقائع ومضامين مستندات بشكل مؤثر في منحى القرار، وعدم الرد على مستنتجات مؤثرة أثيرت بصورة نظامية، ومن خرق مقتضيات الفصول 495 إلى 504 من مدونة الشغل، **والوجه الثاني من الفرع الأول من وسيلة النقض الخامسة** المتخذة من انعدام الأساس

القانوني وانعدام التعليل؛ ذلك أنه بتصفح القرار موضوع الطعن يتضح أن تعليله متسم بالارتباك إذ إنه وقع في خلط شنيع بين المقاولة المشغلة التي يرتبط معها العمال الضحايا بعقد الشغل، وبين شركة "..." التي تعتبر أجنبية عن العلاقة الشغلية عملا بمبدأ نسبية العقود. وقد ترتب عن هذا الخلط خطأ في الاستدلال بالفصلين 57 و172 من ظهير 1963 باعتبار شركة "..." المستعملة مؤاجرة لا يمكن مواجهتها بدعوى الحق العام. ثم إن هذا الخلط امتد إلى كل حيثيات القرار موضوع الطعن انطلاقا من اعتبار جميع الأطراف المنتمين لشركتي "..." و"..." يشتغلون لدى مقاولة التشغيل "...". في حين أنهم يشتغلون لدى شركتي "..." و"...". كما اعتبر القرار المطعون فيه أن الأطراف المطالبين قد استصدروا أحكاما في إطار ظهير 63 في مواجهة المقاولة المشغلة شركة "..." بحلول شركة التأمين "..." والحال أن ما ذكر من أحكام صدر في مواجهة شركتي "..." و"..." وأن شركة التأمين "..." لا تؤمن شركة " ...".

يضاف إلى ذلك أن القرار محل الطعن اعتبر عمال شركتي "..." و"..." خاضعين لإمرة وتوجيه ورقابة رب العمل مالك شركة "..." في إطار التبعية عملا بالفقرة الثانية من الفصل 504 من مدونة الشغل، في حين لا تتحدث الفقرة الثانية من المادة 504 من مدونة الشغل عن عنصر التبعية ولا عن كون المقاولة المستعملة تعتبر مشغلة بسبب ذلك، بل إن منتهى ما تنص عليه هو وجوب اتخاذ هذه المقاولة كل التدابير الوقائية والحمائية الكفيلة بضمان حماية صحة وسلامة الأجراء المؤقتين العاملين لديها واعتبارها مسؤولة على تأمينهم ضد حوادث الشغل والأمراض المهنية، وأن ذلك لا يجعلها بالضرورة هي المشغلة ما دامت مدونة الشغل قد حسمت في اعتبار مقاولة التشغيل المؤقت هي المشغلة ونصت في الفقرة الثانية من المادة 495 على أن مقاولة التشغيل المؤقت هي التي تشغل الأجراء وتؤدي أجورهم وتوفي بكل الالتزامات القانونية الناشئة عن عقد الشغل. والخلاصة أن ما ذكر من خلط وتضارب في القرار موضوع الطعن نتج

عنه اعتبار شركة "..." مشغلة ومؤمنة عن حوادث الشغل لدى شركة التأمين "..." بينما الواقع والحقيقة خلاف ذلك، كما نتج عنه تحريف في مضمون الأحكام الاجتماعية وبالتالي تطبيق سيء للفصول 57 و172 من ظهير 63 و495 و504 من مدونة الشغل، وقد تقدم الدفاع بمجموعة من الدفوع والملاحظات بهذا الخصوص لكنها بقيت بدون جواب.

وفي شأن وسيلتي النقض الثالثة والرابعة المتخذتين من خرق القانون، خرق مقتضيات الفصول 310، 172 و312 من ظهير 63/02/06 والفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود، **والوجه الأول من الفرع الأول والفرع الثاني من وسيلة النقض الخامسة** المتخذة من انعدام الأساس القانوني وانعدام التعليل؛ ذلك أن المحكمة ذهبت في تعليل قرارها إلى أن المطلوبين في النقض توبعوا من أجل جرائم غير عمدية غير أنها بتعليلها هذا خالفت مقتضى الفصل 310 من ظهير 63 الذي يتحدث عن الخطأ العمدي بمفهومه المدني وليس بمفهومه الجنائي علما بأن ما ثبت في حق الشركة المشغلة من عدم توفير متطلبات وتجهيزات السلامة كان بصفة عمدية كما أنه يشكل خرقا للالتزام المنصوص عليه في الفصل 504 من مدونة الشغل، وفي جميع الأحوال فإن عدم استجابة القرار لطلب التعويض ينطوي على خرق سافر للفصل 312 من ظهير 1963/02/06 الذي ينص على أنه: "إذا ترتب عن خطأ غير مقبول ارتكبه المؤاجر أو القائمون مقامه في تسيير الإدارة فإن التعويض الواجب منحه للمصاب أو لذوي حقوقه يمكن أن يزاد فيه من طرف المحكمة المختصة وإذا تعدد ذوو الحقوق فإن الزيادة الممنوحة تكون مطابقة فيما يخص كل صنف من الأجرة السنوية المقدر على أساس الإيراد .... على أن الإيراد أو مجموع الإيرادات الممنوحة بهذه الصفة لا يمكن أن يتجاوز الجزء من الأجرة السنوية ..." لذلك يبقى القرار المطعون فيه تبعا لما ذكر منعدم الأساس مشوبا بسوء وفساد التعليل ومخالفا للقانون مما يستدعي نقضه وإبطاله.

بناء على المادتين 365 و370 من قانون المسطرة الجنائية.

حيث يجب بمقتضى البند الثامن من المادة 365 من قانون المسطرة الجنائية والبند الثالث من المادة 370 من نفس القانون أن يكون كل حكم أو قرار معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية وإلا كان باطلا،

وحيث إن التحريف في وثيقة حاسمة من وثائق المسطرة، والتطبيق السيئ للقانون يترلان مترلة انعدام التعليل.

وحيث من جهة أولى ينتج من تنصيصات القرار المطعون فيه أن المحكمة أسست ما انتهت إليه من نتيجة على أن الطاعنين استصدروا حكما اجتماعيا في إطار ظهير 1963/02/06 يقضي لهم بالتعويض في مواجهة المقاولة المشغلة شركة "..." بحلول مؤمنتها شركة التأمين "..." وأنه لا يمكنهم تبعا لذلك أن يطالبوا المؤاجرة المذكورة بأي مقتضى غير مقتضيات ظهير 1963/02/06 (الفصل 57)، غير أنه بمراجعة الأحكام الاجتماعية التي استندت إليها المحكمة في سياق ما أوردته من علة يتبين أنها صدرت في مواجهة شركتي "..." و"..." وليس في مواجهة شركة "..." وهو ما يشكل تحريفا في محتوى وثيقة حاسمة من وثائق الدعوى نتج عنه تطبيق سيء للفصلين 57 و172 من ظهير 1963/02/06، **ومن جهة ثانية** اقتصرت المحكمة في تقدير طبيعة الخطأ الذي أسس عليه الطاعنون مطالبهم على الوصف الجنائي للأفعال التي أدين من أجلها المطلوبون في النقض بعلة غياب عنصر العمد طبقا للقواعد العامة للمسؤولية الجنائية دون مناقشة هذا الخطأ بوصفه عمديا أو غير مقبول انطلاقا من مقتضيات الفصول من 310 إلى 312 من ظهير 1963/02/06 وفي إطار المسؤولية التقصيرية التي تنظمها أحكام القانون المدني، الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه مشوبا بعيبي فساد التعليل وسوء تطبيق القانون المترلين مترلة انعدام التعليل مما يستدعي نقضه وإبطاله.

لأجله

قضت بنقض القرار الصادر عن غرفة الجنح الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 2015/01/13 في القضية ذات العدد **2014/2602/3029**.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل حي الرياض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: حسن القادري رئيس غرفة **رئيسا** والسادة المستشارين: حسن البكري **مقررا** محمد زهران وخليد جليل وعبد المولى بقال **أعضاء** و بمحضر **المحامي العام** السيد عزيز التفاحي الذي كان يمثل النيابة العامة وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة بشرى السكوني.

دراسات

حدود العلاقة بين نظرية الالتزام والفقه الإسلامي في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي

د. حسن زرداني

أستاذ مؤهل بكلية الحقوق مراكش

جامعة القاضي عياض

مقدمة:

يعتبر الفقه الإسلامي أحد مقومات المجتمع الإسلامي، حيث نما هذا الفقه وازدهر في ظل دولة الإسلام التي التزمت في معاملاتها وفي حل مشكلاتها على الشريعة الإسلامية.

وقد أدرك كثير من علماء القانون الغربيون، ما اشتمل عليه الفقه الإسلامي من مرونة وصلاحية لحل مشاكل الحياة على مختلف ضروبها وتنوع مطالبها، حيث يقول العلامة سانتيانا: "إن في الفقه الإسلامي ما يكفي المسلمين في تشريعهم المدني إن لم نقل أن فيه ما يكفي الإنسانية كلها"[1].

ولقد ساهم الاستعمار بشكل أو بآخر في تعطيل الأخذ بالفقه الإسلامي. فقبل دخول المعمرين إلى البلاد العربية والإسلامية، كان الفقه الإسلامي هو أساس التشريع والقضاء والفتوى في العالم الإسلامي كله تقريبا، ولم يقف في يوم من الأيام عاجزا أمام وقائع الحياة الجديدة المتغيرة منذ عهد الصحابة. وقد

1 – للمزيد من الإيضاح راجع:

عبد السلام أحمد فيغو: ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن عدد 16 عدد خاص باليوم الدراسي حول موضوع الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 1990 ص 44.

ظل القانون المعمول به في بلاد الإسلام حوالي ثلاثة عشر قرنا من الزمن، وكان هو صاحب الاختصاص الأصيل والولاية العامة في كافة المنازعات والأقضية، بدءا من القوانين المنظمة للأسرة، ثم المعاملات وانتهاء بالقوانين التي تحكم العلاقات الدولية في السلم والحرب[2].

وإذا كان القانون المدني يعتبر أصل القانون الخاص بجميع فروعه الأخرى، فالفقه الإسلامي يتناول أيضا البيع والإيجار والرهن والمساقات والهبة والوديعة والضمان وغير ذلك من الموضوعات التي يتضمنها القانون المدني، وهذه المسائل نجدها فيما يسمى بالمعاملات في كتب الفقه الإسلامي، وإن كانت لا توجد لها عناوين خاصة لبحث الأشياء والأموال في هذه المؤلفات، ولكنها تجيء متفرقة هنا وهناك في تضاعيف أبواب أخرى.

والقانون المدني في كثير إن لم نقل في كل الدول العربية والإسلامية، لا يتناول إلا ما يدخل في نطاق المعاملات، لأنه ترك الأحوال الشخصية للفقه الإسلامي[3].

فالقانون المدني يهتم بالنسبة لجل الدول بتنظيم العلاقات بين الأفراد سواء كانت مالية أو شخصية، غير أن طبيعة تكوين المجتمع العربي الإسلامي اقتضت من واضعي القوانين العربية إدراج تنظيم العلاقات الشخصية بين أفراد الأسرة في قوانين خاصة، سميت بمدونات الأحوال الشخصية، واقتصرت المدونات المدنية على تنظيم الأحوال العينية المالية، ولم يشذ المشرع المغربي عن هذا الاتجاه[4].

2 – يوسف قرضاوي: عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، دار الصحوة للنشر 1986 ص 9.

3 – عبد السلام أحمد فيغو: ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن عدد 16 عدد خاص باليوم الدراسي حول موضوع الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 1990 ص 50.

4 – محمد الشرقاني: نظرية العقد دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن الطبعة الأولى دار وليلي للطباعة والنشر مراكش 1996 ص 8.

ولا شك أن مدونة الأحوال الشخصية المغربية لسنة 1957، كانت من أهم التشريعات التي استهل بها المغرب المستقل سلسلة النصوص القانونية ذات الطابع المغربي المستمد مقتضياتها من الفقه الإسلامي.

ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الإماراتي، فقانون المعاملات المدنية كغيره من قوانين البلاد العربية[5]، تضمن نوعا واحدا من هذه الروابط أو العلاقات أو المعاملات وهي تلك المتعلقة بالأحوال العينية أي المرتبطة بنشاط الشخص بالنسبة لأمواله، كسبا أو نقلا أو إنهاء في حين ترك الروابط أو العلاقات أو المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية لتنظم بقوانين خاصة تستقى مصادرها مباشرة من أحكام الشريعة الإسلامية أو الشرائع الدينية الأخرى بحسب الأحوال وذلك لشدة تعلق هذه الأحوال بالناحية العقائدية أو الدينية عند الإنسان[6].

- إشكال البحث

بالرغم من أن قانون الالتزامات والعقود المغربي، تضمن بعض الحلول التي يقضي بها الفقه الإسلامي، فقد ظل وفيا لأسلوب الصياغة القانونية المتبع في قوانين العائلة الرومانية الجرمانية وبالأخص في القانون الفرنسي.

بينما يبقى قانون المعاملات المدنية الإماراتي أكثر القوانين العربية تأثرا بالفقه الإسلامي ومن هنا وفي إطار النقاش العام الذي يثيره كثير من الفقه حول

-- ونفس الشيء بالنسبة لمدونة الأسرة الجديدة التي اشتملت على باب تمهيدي و400 مادة تتوزعها سبعة كتب وبمقتضى المادة 397 منها تنسخ جميع الكتب الستة المتعلقة بمدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957.

وتجدر الإشارة إلى أن ما لم تتناوله المدونة من قضايا ونوازل يرجع فيها إلى المذهب المالكي، وهو ما نصت عليه المادة 400 صراحة بما يلي: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

للمزيد من الإيضاح راجع:

عمر بكاري: جهود المغاربة في تقنين أحكام الفقه المالكي في قضايا الأموال والأحوال نموذجا، مقال منشور في مجلة المنبر القانوني العدد الأول 2012 ص 218 وما بعدها.

5 - كالقانون المدني المصري والأردني والسوري وبطبيعة الحال قانون الالتزامات والعقود المغربي.
بخلاف القانون المدني الفرنسي حيث يتعلق الكتاب الأول فيه بالأشخاص أي بالأحوال الشخصية والكتاب الثاني بالأموال أي بالأحوال العينية.

6 - عبد الرزاق حسين يس: النظرية العامة للالتزامات الجزء الثاني، أحكام الالتزام دار النشر أكاديمية شرطة دبي ص 10.

مدى تأثر القانون المدني بالفقه الإسلامي أمام هيمنة اللاتينية على القوانين العربية المعاصرة، نتساءل حول حدود العلاقة بين نظرية الالتزام والفقه الإسلامي في كل من القانونين الإماراتي والمغربي؟

وللإجابة على هذا الإشكال فإننا سنقسم هذه الدراسة إلى فرعين أساسيين على الشكل التالي:

الفرع الأول: علاقة قانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي بالفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: بعض مظاهر التأثر بالفقه الإسلامي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي.

الفرع الأول: علاقة قانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي بالفقه الإسلامي.

يبدو أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي يعتبر أقرب القوانين العربية إلى الفقه الإسلامي، بالرغم من أن مبادئه وألفاظه جاءت متفقة مع مثيلاتها من القوانين المدنية الغربية المتأثرة بالاتجاه اللاتيني عموما والقانون الفرنسي على وجه الخصوص، وهو يقترب كثيرا من القانون المدني الأردني[7].

ويمثل وضع قانون الالتزامات والعقود الصادر بظهير 12 غشت 1913، جانبا من أهم الإصلاحات المعلن عنها في معاهدة الحماية المبرمة بفاس في 30

---

7 – راجع:

– عدنان سرحان: ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين للالتزامات الحقوق الشخصية – والعقود من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون – العدد الثالث والعشرون – ربيع الأول 1426 هـ مايو 2005 م ص 187.

– عبد الخالق حسن أحمد: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار النشر أكاديمية شرطة دبي 1989 ص 5.

مارس 1912 والمعروفة باتفاقية الحماية، وقد استمد هذا القانون من مجلة العقود والالتزامات التونسية، والتي استمدت بدورها من بعض القوانين الأوربية الحديثة ومن الفقه الإسلامي، وخصوصا المذهبين المالكي والحنفي.

المبحث الأول: علاقة قانون المعاملات المدنية الإماراتي بالفقه الإسلامي

المطلب الأول: المصادر التاريخية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي

وعلى هذا الأساس لابد من الوقوف على المصادر التاريخية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ولو بعجالة.

الفقرة الأولى: مجلة الأحكام العدلية العثمانية

لابد من التذكير أن أول عدوان على أحكام الفقه الإسلامي كان من طرف الدولة العثمانية، حيث أنه من المعروف تاريخيا أن الخلافة العثمانية بدأت بإحلال القوانين الوضعية المنقولة عن القوانين الأوربية، وبخاصة الفرنسية محل الفقه الإسلامي تدريجيا، حتى انتهى الأمر في آخر أيام الخلافة بأن أصبحت غالبية القوانين من جنائية وتجارية ومرافعات، قوانين وضعية منقولة عن القوانين الأجنبية، وتخرج في بعض أحكامها وبخاصة في الجنايات على أحكام الفقه الإسلامي.

أما بالنسبة للمعاملات المدنية فقد ظلت الدولة العثمانية وفية في تطبيق أحكام الفقه الإسلامي على المذهب الحنفي، وإن كانت قد نظمت ذلك فيما يسمى بمجلة الأحكام العدلية وأخذت البلاد التابعة للدولة العثمانية بأحكام هذه المجلة[8].

8 – قامت الدولة العثمانية في سنة 1293 هـ بوضع كتاب واف يضم أحكام المعاملات في مواد مركزة على نسق التشريعات الحديثة تسمى مجلة الأحكام العدلية وهي بمثابة القانون المدني للدولة العثمانية.

للمزيد من الإيضاح حول انتشار المجلة العثمانية في البلاد العربية راجع: ==

فهذه الأخيرة تعتبر أول مدونة استحدثت في العالم الإسلامي، تنظم المعاملات المدنية على شكل تقنين حديث وضعت في الدولة العثمانية، واستمر العمل بها في الأقطار التابعة لها، وهي تشتمل على 1851 مادة. ولقد كانت الأردن آخر دولة عربية عدلت عنه بعد سنها للقانون المدني الأردني عام 1974[9].

الفقرة الثانية : القانون المدني الأردني

لقد استفاد القانون المدني الأردني من الإيجابيات التي راكمتها مجلة الأحكام العدلية من سبق التدوين لأحكام الفقه الإسلامي على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، لكن بإضافة ما كانت تفتقر إليه من آراء اجتهادية وأخرى خارج المذهب، رغبة في جعله تشريعا مدنيا إسلاميا راقيا يستجيب لحاجات العصر[10].

فالقانون المدني الأردني قد استقى الغالب الأعم من أحكامه من الفقه الإسلامي، لأن مجلة الأحكام العدلية هي التي كانت سائدة قبل صدور مشروع

– – عبد السلام أحمد فيغو: ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن عدد 16 عدد خاص باليوم الدراسي حول موضوع الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 1990 ص 48.

– مناع القطان: التشريع والفقه في الإسلام تاريخا ومنهجا، مؤسسة الرسالة الطبعة السادسة ص 335.

9 – عمر بكاري: جهود المغاربة في تقنين أحكام الفقه المالكي في قضايا الأموال والأحوال نموذجا، مقال منشور في مجلة المنبر القانوني العدد الأول 2012 ص 204.

يقول العلامة مصطفى الزرقا بخصوص المجلة العثمانية: "نحن اليوم بحاجة إلى تجديد في بناء مجلة الأحكام العدلية الشرعية، تصاغ به من الفقه الإسلامي بمعناه الواسع، أي من مجموع اجتهاداته، لا من الاجتهاد الحنفي فقط وبذلك يمكن أن نحصل على قانون مدني إسلامي يفوق أحسن القوانين المدنية المعروفة إلى اليوم، لما في تلك الاجتهادات المختلفة من مبادئ ومبان وأحكام تتسع لجميع الحاجات التشريعية الواقعة والمتوقعة".

– المدخل الفقهي العام الجزء الأول – 299.

10 – عمر بكاري: جهود المغاربة في تقنين أحكام الفقه المالكي في قضايا الأموال والأحوال نموذجا، مقال منشور في مجلة المنبر القانوني العدد الأول 2012 ص 205.

القانون في غشت 1976 م، على أن يبدأ تطبيقه اعتبارا من فاتح يناير 1977 م كما جاء في المادة الأولى منه.

ولما كانت مجلة الأحكام العدلية هي المصدر التاريخي للقانون المدني الأردني، وبالتالي فهي الواجبة التطبيق فيما لا يتعارض مع نصوص هذا القانون، وهذا واضح من نص المادة الثانية حيث جاء فيها: "فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

كما أن المادة 1448 مدني أردني قد نصت على أنه يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية.

يتضح مما تقدم أن المشرع الأردني كان حريصا على أن تكون أحكام الفقه الإسلامي هي الأصل الذي يجب عدم مخالفته[11].

المطلب الثاني: علاقة قانون المعاملات المدنية الإماراتي بالفقه الإسلامي

ترجع أصول القوانين الإماراتية إلى المادة السابعة من الدستور التي نصت على أنه: "الإسلام دين رسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه ولغة الاتحاد الرسمية هي اللغة العربية". فالأساس الذي ترتكز عليه القوانين هو التشريع الإسلامي الحنيف إضافة إلى العرف والعادات إذا لزم الأمر، فقد نصت المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد

11 – أمجد محمد منصور: مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار، دراسة مقارنة:
http://www.startimes.com/f.aspx?t=31165747

القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة. فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب وإذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة".

كما نصت المادة الثانية من ذات القانون على أنه: "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي"، ويعد هذا القانون وقانون الإجراءات المدنية، هما أساس العمل في كافة القوانين الإماراتية كما نصت المادة الثانية من القانون رقم 28 لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية الاتحادي على أنه: "1- يرجع في فهم النصوص التشريعية في هذا القانون وتفسيرها وتأويلها إلى أصول الفقه الإسلامي وقواعده. 2 - تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو فحواها ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه. 3 - وإذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب أحمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبي حنيفه". والملاحظ أن نظرية الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ظلت مطابقة للقوانين المدنية العربية المتأثرة بالقانون الفرنسي عموما، ومع ذلك فقد حاول المشرع الإماراتي أن يكون للفقه الإسلامي خصوصية في الجزئيات، بحيث تبنى وجهة نظر هذا الفقه في الكثير من المناحي، وبرز ذلك بشكل واضح في ركن الرضا في العقد، وخصوصا أحكام الأهلية وعيوب الرضا، كما برز أيضا في تحديد مراتب العقد من حيث الصحة والبطلان، فلم يأخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان وأخذ بفكرة العقد الفاسد من الفقه الحنفي.

كما تأثر قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بشكل واضح بقواعد الضرر في الفقه الإسلامي على خلاف المشرع المغربي، من حيث أساس الالتزام

بالتعويض وأنواع الضرر الواجب التعويض والطرف الذي يتحمل عبء التعويض آخذا في ذلك بقواعد الدية إلى جانب التعويض المدني[12].

المبحث الثاني: علاقة قانون الالتزامات والعقود المغربي بالفقه الإسلامي

إن أول مصدر اعتمد عليه واضعو قانون الالتزامات والعقود هو المجلة التونسية نظرا لتشابه البلدين وتماثل البيئتين، وكانت هذه المدونة الأخيرة، قد تأثرت كبير التأثر بالقانون المدني الفرنسي المشبع بالروح الفردية، كما تأثرت بالشريعة الإسلامية، وعلى الخصوص بالفقه المالكي السائد في تونس والمغرب[13].

وكثير من الفقهاء الذين تناولوا إشكالية أسلمة قانون الالتزامات والعقود المغربي، فبعضهم يرى أنه ليس من الشريعة الإسلامية في شيء، شأنه في ذلك شأن القوانين الاستعمارية الموروثة، في حين يذهب البعض الآخر أنه من الشريعة، وأن المقارنة بين الأحكام التي جاء بها هذا القانون والأحكام التي استنبطها الفقهاء تفيد أن الفقه الإسلامي يشكل مصدرا لقانون الالتزامات والعقود المغربي[14].

وسيكون من الأجدر للوقوف على العلاقة بين قانون الالتزامات والعقود المغربي والفقه الإسلامي، أن نتناول هذا المبحث في مطلبين، نتطرق في الأول

---

12 – عدنان سرحان: ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين للالتزامات الحقوق الشخصية – والعقود من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون – العدد الثالث والعشرون – ربيع الأول 1426 هـ مايو 2005 م ص 188 و189.

13 – محمد شعيبي المذكوري: دراسة نقدية لظهير الالتزامات والعقود، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 7 – 1984 ص 31.

14 – أحمد ادريوش: نطاق ظهير الالتزامات والعقود، تأملات حول موقف القضاء المغربي من مشكلة علاقة ظهير الالتزامات والعقود بالفقه الإسلامي.

لـ "المصدر التاريخي لقانون الالتزامات والعقود المغربي"، ونبحث في المطلب الثاني "إشكالية أسلمة هذا القانون".

المطلب الأول: المصدر التاريخي لقانون الالتزامات والعقود المغربي

تجب الإشارة بداية إلى أن المعاملات المدنية بين المغاربة، كانت تخضع قبل فرض الحماية لسيطرتها على المغرب لأحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي خاصة الفقه المالكي، إضافة إلى الأعراف المتواترة والمدونة في سجلات أصبحت مرجعية لأحكام المعاملات[15].

وبعد فرض الحماية الفرنسية على الجمهورية التونسية سنة 1881، شأنها شأن باقي المستعمرات الفرنسية عملت سلطات الحماية على سن ترسانة قانونية عصرية، حيث عمدت إلى تحرير مشروع أولي لمجلة الالتزامات والعقود التونسية سنة 1897. وأعيدت صياغتها وطبعها سنة 1899 على يد الفقيه سانتيانا، وبعد تعريبه وتدارسه من طرف فقهاء الشريعة التونسيين بدئ في تطبيقه على الأهالي بتونس سنة 1907.

وقد حرصت الدولة الحامية على التكوين المزدوج للجنة الموكول إليها مهام وضع مشروع المجلة، كي لا تتعارض أحكام نصوصها مع الشريعة الإسلامية، خاصة أن من بين مهامها البحث في أحكام المحاكم الشرعية وفي التشريع التونسي، عما يمكن استعماله من القواعد والأحكام مما يلاءم مبادئ القانون العصري، ويساير ظروف المجتمع الأهلي.

ولم يكن من بين أعضاء هذه اللجنة من هو أقدر على القيام بهذه المهمة المزدوجة غير الفقيه سانتيانا. ذلك أن بقية أعضاء اللجنة ليست لهم دراية واسعة

15 – محمد الشرقاني: نظرية العقد دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن الطبعة الأولى دار وليلي للطباعة والنشر مراكش 1996 ص 14.

بأحكام الفقه الإسلامي بخلاف سانتيانا الذي جمع بين التكوين القانوني العصري وبين الإطلاع على الفقه الإسلامي[16].

وبعد نجاح التجربة التونسية التي شكلت مختبر الأبحاث لهذا القانون بالنسبة للتشريع المغربي. عملت سلطات الحماية الفرنسية، فيما بعد على اعتماد المجلة التونسية للالتزامات مرجعا أساسيا لوضع مشروع ظهير الالتزامات والعقود، مع بعض التنقيحات والتعديلات التي أدخلتها لجنة علمية مشتركة بين الدولة الحامية ونخبة من فقهاء القرويين بالمغرب حتى تتناسب والأعراف المحلية المغربية.

فالجميع متفق على اعتبار المجلة المدنية التونسية الصادرة في 15 دجنبر 1906 مصدرا أساسيا لقانون الالتزامات والعقود اللهم في ما يتعلق باستبعاد المقتضيات التجارية، لتأخذ مكانها في القانون التجاري المغربي، وكذا حذف المقتضيات المتعلقة ببعض العقود المرتبطة بخصوصية المجتمع التونسي[17] مع تلافي العيوب التي ظهرت في المجلة التونسية. وهكذا فبتاريخ 12 غشت 1913 صدر أول ظهير للالتزامات والعقود بالمغرب، ليحل محل الفقه الإسلامي في تنظيم المعاملات بين المغاربة والأجانب المقيمين بالمغرب، وما لم يرد بشأنه نص خاص يسوغ الرجوع في ذلك للفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية، لتعويض هذا النقص.

والجدير بالملاحظة أن قانون الالتزامات والعقود لم يكن يطبق في الأصل إلا على الفرنسيين والأجانب وعلى الرغم من صدوره في صورة ظهير سلطاني ومن طرف محاكم فرنسية يختار قضاتها من السلك القضائي الفرنسي. أما المغاربة وهم المواطنون الأصليون، فقد ظلوا خاضعين للفقه الإسلامي والأعراف المحلية ويتقاضون حسب النزاع المطروح إما أمام المحاكم الشرعية وإما أمام المحاكم المخزنية.

---

16 – أحمد ادريوش: أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية مطبعة ومكتبة الأمنية الرباط 1996 ص 31.

17 – محمد الشرقاني: نظرية العقد دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن الطبعة الأولى دار وليلي للطباعة والنشر مراكش 1996 ص 14.

ومن ضمن الاستثناءات الهامة التي كانت ترد على القاعدة أعلاه أن قانون الالتزامات والعقود كان يطبق على المغاربة في الحالة التي يدخلون فيها في علاقة مدنية مع أحد الفرنسيين أو الأجانب حيث يعطى الامتياز لهذا العنصر الأخير، فيأخذ المغربي إلى قضائه وإلى قانونه. ولقد سادت هذه الوضعية إلى حدود تطبيق قانون الالتزامات والعقود المغربي تطبيقا إقليميا بعد الاستقلال، وعلى مجموع التراب المغربي من طرف المحاكم العصرية منذ 1958[18].

الثاني: إشكالية أسلمة قانون الالتزامات والعقود المغربي

لقد استمد قانون الالتزامات المغربي أصوله من بعض التشريعات الأوربية المعتمدة آنذاك، كالتشريع الفرنسي والتشريع الألماني والتشريع الإيطالي والتشريع السويسري والتشريع الاسباني والتشريع البرتغالي بالإضافة إلى القانون الروماني.

18 – راجع: يقول أستاذنا محمد الكشبور في هذا الصدد ما يلي:

"وإذا كان المبدأ الذي ساد في عهد الحماية وما بعدها وإلى غاية 1965، هو أن قانون العقود والالتزامات ينظم العلاقات التي تنشأ بين الفرنسيين والأجانب في مجال الالتزامات، وأن المحاكم الفرنسية والتي أصبحت تسمى بالمحاكم العصرية بعد حصول المغرب على استقلاله هي المختصة بتطبيقه، وإذا كان الفقه المالكي هو المنظم للعلاقات التي تنشأ بين المغاربة، وأن المحاكم الشرعية ظلت المرجع الأساسي المختص بتطبيقه، فإن هناك حالات أخرى كثيرة يطبق فيها قانون العقود والالتزامات على المغاربة،كما كان هناك حالات أخرى يطبق فيها الفقه المالكي على الفرنسيين والأجانب.

للمزيد من الإيضاح راجع:

– محمد الكشبور: التنازع بين قانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي في مجال العقارات غير المحفظة مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 7 ص 54.

– محمد الكشبور: بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2001.

– أحمد ادريوش: أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية مطبعة ومكتبة الأمنية الرباط 1996.

– محمد شيلح: أصول قانون الالتزامات والعقود من زاوية موضوعه وواضعيه. محاولة في قراءة قانون الالتزامات والعقود من خلال سيرته مقال مطول منشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد 5 ص 51 وما بعدها.

وإلى جانب هذه المصادر فإن قانون الالتزامات والعقود المغربي، قد أخذ من الفقه الإسلامي الشيء الكثير، وهو في أخذه هذا لم يقتصر على مذهب دون آخر، بل حاول الاعتماد على كل المذاهب السنية المتيسرة[19].

وبديهي أن قانون الالتزامات والعقود مثله مثل المجلة التونسية، تأثر بالقانون المدني الفرنسي وبالفقه المالكي أساسا، إلا أنه أخذ أيضا ببعض الأحكام الواردة في التشريع الجرماني[20].

واعتماد المشرع الفرنسي في عهد الحماية على التشريعات الأوروبية الحديثة آنذاك، قد جعل قانون الالتزامات والعقود المغربي، يشتمل على كثير من النظريات القانونية التي لا يعرفها الفقه الإسلامي أو لم تتح له الفرصة للاهتمام بها. فعلى سبيل المثال فإن الفقه الإسلامي لا يعرف الشكلية في البيوع العقارية، كما أنه لا يعرف حجية الأمر المقضي والتقادم المسقط ونظام الامتيازات ونظام تسجيل التصرفات إلى غير ذلك[21].

وعلى الجملة فلازال الخلاف قائما في أوساط الفقه، حول مدى مراوحة قانون الالتزامات والعقود المغربي بين التأثير بالقانون الفرنسي أو القانون الغربي عموما أو بأحكام الفقه الإسلامي وما مدى أسلمة هذا القانون.

فذهب اتجاه فقهي إلى أن قانون الالتزامات والعقود المغربي لا يتعارض من حيث المبدأ مع قواعد الفقه الإسلامي، فهو عبارة عن قواعد توفيقية بين التشريعات الأوروبية الحديثة آنذاك والفقه الإسلامي[22].

---

19 – محمد الكشبور: التنازع بين قانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي في مجال العقارات غير المحفظة مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 7 ص 70.

20 – محمد شعيبي المذكوري: دراسة نقدية لظهير الالتزامات والعقود، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 7 – 1984 ص 33.

21 – محمد الكشبور: نفس الموضع.

22 – محمد الكشبور: التنازع بين قانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي في مجال العقارات غير المحفظة مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 7 ص 64.

وعلى هذا الأساس فقانون الالتزامات والعقود، حقق الموازنة والتوافق بين القانون الفرنسي والفقه الإسلامي، معتمدا في ذلك على ما ورد في التقديم الذي رفعا به وزيرا الخارجية والعدل الفرنسيان نصوص هذا القانون إلى رئيس الجمهورية الفرنسية في فاتح شتنبر 1913 حيث قالا فيه: "أن الأوربيين يجدون فيه إلى حد كبير قواعد مقتبسة من قوانينهم الوطنية وأن المسلمين لن يجدوا فيه ما يجرح شعورهم الديني"[23].

فالعديد من مواد قانون الالتزامات والعقود المغربي تنطق بأحكام مشبعة بروح الفقه الإسلامي ومع ذلك فتأثير القانون الوضعي كان واضحا في العديد من الأحكام. مثل المسؤولية وخاصة المسؤولية عن فعل الغير والتعويض عن الضرر المعنوي والتأمين ونظرية البطلان. على أن جانبا من هذا الاتجاه ذهب إلى حد اعتبار أن روح أحكام الشريعة الإسلامية هي المهيمنة على قانون الالتزامات والعقود، بل هي التي أثرت على القانون الروماني لما كان للدولة الإسلامية من تأثيرات مختلفة على الأمصار المفتوحة وقت التواجد العربي الإسلامي في إسبانيا وجنوب فرنسا[24].

والجدير بالملاحظة أن الفقه المالكي لم يكن هو المصدر الوحيد لهذا القانون، بل كان تأثير الفقه الحنفي واضحا في العديد من الأحكام، أهمها اعتماد الإرادة المنفردة من ضمن مصادر الالتزام[25].

---

23 – للمزيد من الإيضاح راجع أحمد ادريوش: أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية مطبعة ومكتبة الأمنية الرباط 1996 ص 12 وما بعدها.

24 – محمد الشرقاني: نظرية العقد دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن الطبعة الأولى دار وليلي للطباعة والنشر مراكش 1996 ص 15.

– للمزيد من الإيضاح حول أطروحة تأثر القوانين الرومانية الجرمانية بالفقه الإسلامي راجع:

أحمد ادريوش: أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية مطبعة ومكتبة الأمنية الرباط 1996 ص 104 وما بعدها.

25 - Joel Moneger: biographie du code des obligations et contrats de la réception à L'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain, R.M.D.E.D n° 7 p30.

وبالمقابل هناك من اعتبر بأن قانون الالتزامات والعقود المغربي مقتبس أساسا من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 والاجتهاد القضائي الفرنسي، بل اعتبر جانب من هذا الاتجاه أن قانون الالتزامات والعقود يمثل قطيعة مع مفاهيم الفقه الإسلامي وخاصة تلك المتعلقة بالعقد والمسؤولية[26].

ويقول الأستاذ أحمد ادريوش في هذا الإطار: "وعلى كل، فقانون الالتزامات والعقود ينتمي في منهجه العام للعائلة الرومانية الجرمانية، ليس فيه... ما يخالف الشريعة الإسلامية. وكونه كذلك أي غير متعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، لا يعني أنه تقنين للفقه الإسلامي بالمعنى المتعارف عليه، وإنما هو اقتباس للقانون الفرنسي بعد تكميله ببعض الأحكام التي اقتبست من القوانين الأوربية. وهذه حقيقة تكشف عنها الدراسة المقارنة المنهجية، وتنطق بها صراحة مختلف التقارير المتعلقة به"[27].

---

26 – للمزيد من التوسع راجع:

– محمد الشرقاني: نظرية العقد دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن الطبعة الأولى دار وليلي للطباعة والنشر مراكش 1996 ص 14 وما بعدها.

– أحمد ادريوش: أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية مطبعة ومكتبة الأمنية الرباط 1996 ص 104 وما بعدها.

- Omar azziman: Dépendance et connaissance du droit marocain - R.I.P.E.M n° 10 1980.

27 – للمزيد من التوسع راجع:

– أحمد ادريوش: أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية مطبعة ومكتبة الأمنية الرباط 1996 ص 15 وما بعدها.

– وهبة الزحيلي: تقنين الفقه الإسلامي، بيروت 1987.

الفرع الثاني: بعض مظاهر التأثر بالفقه الإسلامي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي.

لا يتعلق الأمر هنا بتقييم شامل لقانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي، بل نقصد فقط الكشف منذ البداية عن بعض المظاهر والسمات العامة لهذين القانونين والتي توحي بتأثرهما بالفقه الإسلامي وذلك من خلال بعض النماذج التي تمثل فقط مؤشرات على التوجهات السائدة لدى المشرعين الإماراتي والمغربي.

ويبدو أن المشرع المدني الإماراتي كان أكثر تأثرا بالفقه الإسلامي من نظيره المغربي بالرغم من مطابقته هو الآخر للقوانين المدنية العربية المتأثرة بالقانون الفرنسي.

وسنحاول من خلال هذا الفرع الوقف على درجة التأثر بالفقه الإسلامي في ضوء بعض من المواضيع المرتبطة بنظرية الالتزام.

المبحث الأول: في شأن تعريف العقد من طرف المشرع الإماراتي دون المشرع المغربي

لم يتضمن المشروع التمهيدي للتقنين المدني الأردني تعريفا للعقد. وقد صرحت المذكرة الإيضاحية في تعليقها على المادة 90 من هذا المشروع أنه تم تجنب إيراد تعريف للعقد واكتفى ببيان متى ينعقد، فذلك هو الذي يهم المشرع والقاضي.

غير أن المشروع النهائي أورد تعريفا للعقد، وهو ذلك التعريف الذي تضمنته المادة 78 من التقنين المدني الأردني، والذي نقلته عنها حرفيا المادة 125 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي: "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين لقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه

ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر. ويجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين على إحداث الأثر القانوني"[28].

ونعتقد أنه كان من الأفضل تجنب التعريف، لأن هذا الأخير مسألة فقهية يجب أن يترك أمرها للاجتهاد والتعريف ليس من مهمة المشرع بل هو من مهمة الفقه.

وعلى الخلاف من ذلك لم يعرف قانون الالتزامات والعقود المغربي العقد، مثل جل التشريعات الحديثة، وذلك خلافا للقانون الفرنسي الذي خلط بين العقد والاتفاق بينما يعتبر هذا الأخير أوسع نطاقا من الأول وذلك من خلال المادة 1101 التي نصت على ما يلي: "العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء".

ويلاحظ أن عدم قيام المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود بتعريف العقد يعتبر مسلكا سليما وقويما لأن التعريفات من اختصاص الفقه.

وتجدر الإشارة أن الفقه لم يعر التمييز بينهما[29] أية أهمية لانعدام أية نتائج عملية عنه، وهو نفس ما سارت عليه جل التشريعات مثل قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي وحد بين الاصطلاحين، ففي الفرع المخصص للتعبير عن الإرادة، استعمل المشرع لفظ الاتفاق (المواد 19 و22 و49) وأحيانا لفظ العقد (الفصول 24 إلى 26 و31 و37 و56) وأحيانا أخرى استعمل الاصطلاحين معا في فصل واحد (الفصول 20 و34 و36)[30].

28 – عمر السيد أحمد عبد الله: إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار النهضة العربية القاهرة 1995 ص 4.

29 – راجع المختار عطار: قانون الالتزامات والعقود مصادر الالتزامات الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1999 ص 30 وما يليها.

30 – محمد الشرقاني: نظرية العقد دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن الطبعة الأولى دار وليلي للطباعة والنشر مراكش 1996 ص 209.

ويميل الفقه المغربي إلى تعريف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه[31].

ويبدو أن المشرع الإماراتي قد تأثر في تعريف العقد بالقانونين المدنيين العراقي والأردني واللذان تأثرا بدورهما بالفقه الإسلامي وخاصة ما جاء في كتاب مرشد الحيران ونصوص مجلة الأحكام العدلية[32].

ومع ذلك يمكن أن نسجل بعض الإيجابيات بخصوص تعريف المشرع الإماراتي كما جاء على لسان الأستاذ الدكتور عدنان سرحان "قد اختار (المشرع الإماراتي) أن يعرف العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب بالقبول" وهي عبارة أدق من "توافق الإرادتين" فمجرد توافق الإرادتين لا يكفي لقيام العقد، إذ يجب له أن يحصل التعبير عن إرادتي الطرفين، وأن تتفاعلا معا، وفكرة الارتباط أقوى في الدلالة على ذلك كل من فكرة التوافق"[33].

---

31 – إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة 1996 ص 109.

32 – عرف القانون المدني العراقي في المادة 72 العقد بأنه:

"ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"، وهذه المادة مقتبسة من المادة 262 من مرشد الحيران.

ويطلق لفظ العقد في اللغة على معان كثيرة تدور كلها حول الربط والشد، والإحكام والتوثيق، والجمع بين أطراف الشيء وربطهما.

ويعرف الفقهاء العقد بأنه الارتباط الحكمي بين الإيجاب الصادر من أحد العاقدين، والقبول الصادر من العاقد الآخر، إذا صدرا مستوفيين لشرائطهما الشرعية.

زمن الفقهاء من يطلق على العقد معنى أوسع من هذا فيريدون بالعقد كل تصرف ينشأ عن حكم شرعي، سواء أكان صادرا من طرف واحد، كالنذر والطلاق، أم صادرا من طرفيه متقابلين كالبيع والإجارة.

للمزيد من الإيضاح راجع:

– إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة 1996 ص 105 وما بعدها.

33 – عدنان سرحان: ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين للالتزامات الحقوق الشخصية – والعقود من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون – العدد الثالث والعشرون – ربيع الأول 1426 هـ مايو 2005 م ص 190.

المبحث الثاني: نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة في التشريعين الإماراتي والمغربي

لقد تأثر المشرع المدني الإماراتي بالشريعة الإسلامية وبالمشرع الأردني، حينما اعتنق نظرية الإرادة الظاهرة طارحا جانبا نظرية الإرادة الباطنة، فالعقد كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات الاتحادي، لا يتم بمجرد توافق الإرادتين، ولكن عند تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين[34].

وعلى خلاف المشرع الإماراتي فإن قانون الالتزامات والعقود المغربي يأخذ أساسا بنظرية الإرادة الباطنة، وإن كان أنه لم يهمل كلية الإرادة الظاهرة، بل اقتبس منها بعض مظاهر تطبيقها، وطعم بها أحكامه. فالقانون المدني المغربي يأخذ بالنظام اللاتيني، ولكنه ليس النظام الموجود في المجموعة المدنية الفرنسية، بل إنه النظام اللاتيني المتطور فالأصل فيه أنه يأخذ بالإرادة الباطنة، ولكنه مع ذلك يحتفظ من مبدأ الإرادة الظاهرة بالقدر الذي يقتضيه استقرار التعامل ويتفق مع التطور الموجود في القوانين اللاتينية نفسها.

فقانون الالتزامات والعقود المغربي يعتد في نفس الوقت بالإرادة الظاهرة وإن كان ذلك بطريق غير مباشر فهو يقضي بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة وصريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها طبقا للفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود المغربي[35].

والخلاصة التي يمكن أن ننتهي إليها هي أن حل التشريعات سواء منها اللاتينية أو الجرمانية لا تأخذ بإحدى النظريتين على إطلاقها، بل حاولت

---

34 – عمر السيد أحمد عبد الله: ابرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار النهضة العربية القاهرة 1995 ص 24.

راجع كذلك المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الاتحادي ص 96.

35 – إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة 1996 ص 189 وما بعدها.

التوفيق بينهما وإن غلبت إحداهما على الأخرى، مع منح القاضي سلطة تقديرية واسعة للوقوف عن الإرادة المعبرة في العقد[36].

المبحث الثالث: دلالة السكوت في التشريعين الإماراتي والمغربي

السكوت هو التعبير، بل هو انعدام التعبير بنوعيه صريحا كان أو ضمنيا، لأن التعبير الضمني ليس بمجرد سكوت، بل هو اتخاذ وسيلة للتعبير لا تدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره وهو قد يكون باتخاذ موقف معين دون استعمال ألفاظ أو كتابة. فإذا كان هذا الموقف سلبيا، فإنه قد يختلط أحيانا بالسكوت[37].

فإذا كان الإيجاب لا يتصور أن يستنتج من مجرد سكوت الموجب، فإن تساؤلا عريضا قد طرح بشأن مدى اعتبار السكوت صيغة ضمنية للتعبير عن قبول الموجب له، وذلك اعمالا للمثل القائل "من سكت قبل"[38].

وواضح أن هذا الحكم المبدئي يذكرنا بالقول المأثور للفقه الإسلامي "لا ينسب إلى ساكت قول"[39].

ولقد نص المشرع الإماراتي على القاعدة في شأن السكوت والاستثناء فيما يتعلق بمدى صلاحيته للتعبير عن إرادة القبول في المادة 135-1 مدني على ما يلي:

---

36 – محمد الشرقاني: نظرية العقد دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن الطبعة الأولى دار وليلي للطباعة والنشر مراكش 1996 ص 102.

37 – إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة 1996 ص 176.

38 - Qui ne dit mot consent.

39 – محمد الشرقاني: نظرية العقد دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن الطبعة الأولى دار وليلي للطباعة والنشر مراكش 1996 ص 94.

"لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولا".

وهذا النص مستمد من الفقه الإسلامي[40] الذي يرى أن السكوت مظهر سلبي محض للتعبير عن الإرادة، فالساكت لا يعبر بطريق إيجابي عن أي إرادة وهذا هو معنى عبارة "لا ينسب إلى ساكت قول" وهذا الحكم ينصرف إلى الإيجاب لأن الإيجاب لا يمكن استخلاصه من مجرد السكوت أما القبول فيمكن استخلاصه من الظروف الملابسة ولذا أكمل المشرع الإماراتي العبارة السابقة بقوله ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان.

وقد أتى المشرع الإماراتي بتطبيقين للسكوت الملابس في الفقرة الثانية من المادة 135 مدني: "ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه"[41].

والخلاصة التي يمكن أن ننتهي إليها هي أنه إذا كان السكوت البسيط لا يصلح تعبيرا عن الإرادة حتى بالنسبة إلى القبول، فإن الأمر يختلف بالنسبة إلى نوع آخر من السكوت والذي يقترن بظروف من شأنها أن تدعم دلالته، وهذا هو ما يطلق عليه السكوت الملابس، اعتبارا بأن هناك ظروفا تلابسه تقوي أثره في الدلالة والبيان، فالسكوت الملابس يصلح تعبيرا عن الإرادة بالنسبة إلى القبول. وهذا ما تضمنته القاعدة الفقهية: "إن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان".

---

40 – هذا المقتضى نجده في المادة 67 من المجلة كما وردت تطبيقات له في مواد عديدة من هذه المجلة انظر المواد 276 و438 و805 و1659.

يراجع كذلك الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 78 والأشباه والنظائر للسيوطي ص 97 و98.

41 – عمر السيد أحمد عبد الله: إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار النهضة العربية القاهرة 1995 ص 29.

وتماشيا مع هذه القاعدة الفقهية نص الفصل 25 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه: "عندما يكون الرد بالقبول غير مطلوب من الموجب له، أو عندما لا يقتضيه العرف التجاري فإن العقد يتم بمجرد شروع الطرف الآخر في تنفيذه، ويكون السكوت عن الرد بمثابة القبول، إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين"[42].

المبحث الرابع: القوة الملزمة للعقد في التشريعين الإماراتي والمغربي

إذا حدد الموجب ميعادا لصدور القبول من الموجب له، تقيد به وامتنع عليه الرجوع عن إيجابه ما بقي قائما لم يسقط، فإن وقع منه هذا الرجوع قبل فوات الأجل المحدد، اعتبر رجوعه كأن لم يكن أصلا لحصوله بمخالفة التزام يفرضه القانون عليه بالإبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة، ويترتب على ذلك أنه إذا صدر القبول، خلال الميعاد المحدد، اعتبر مصادفا إيجابا قائما، ونشأ بالتالي العقد، حتى لو كان الموجب قد غير في الحقيقة رأيه، بعد أن اتصل إيجابه بعلم الموجب له وأبلغ هذا الأخير بعدوله.

وقد نص على هذه الحالة الفصل 29 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والذي جاء فيه:

"من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول بقي ملتزما اتجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل، ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد".

---

42 – للمزيد من الإيضاح راجع إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة 1996 ص 176 وما يليها.

ويتضح من أحكام هذا الفصل أن الإيجاب يقع استثناء من القاعدة العامة ملزما، بمعنى أن الموجب يلتزم بالإبقاء عليه، إذا كان قد تحدد للموجب له ميعاد لإصدار قبوله، وذلك خلال هذا الميعاد[43].

وقد أخذ المشرع المدني الإماراتي بنظرية الإرادة المنفردة كأساس لالتزام الموجب بإيجابه إذا عين ميعاد للقبول ونص على ذلك في المادة 139-1 من قانون المعاملات المدنية والتي جاء فيها: "إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد".

وتحديد ميعاد القبول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا مستفادا من ظروف التعامل أو طبيعته كما يتضح من خلال الفقرة الثانية من المادة 139 من قانون المعاملات المدنية، وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي.

والرأي الذي أخذ به المشرع الإماراتي في المادة 139 المذكورة يتفق مع المذهب المالكي الذي يذهب إلى أن الموجب إذا قيد نفسه مدة تقيد بها ولم ينته إيجابه بانتهاء المجلس، كما يتقيد كذلك بما جرى به العرف إذا جرى على تقييد الموجب مدة معينة[44].

---

43 – إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة 1996 ص 205.

للمزيد من الإيضاح راجع:

– محمد الشرقاني: م س ص 90 وما بعدها.

44 – إن من مبطلات الإيجاب في الفقه الإسلامي خروج الموجب عن أهليته بالموت أو الجنون قبل قبول الطرف الآخر، فإذا جاء القبول بعد ذلك لم يجد إيجابا يرتبط به، لأن بقاء الإيجاب مدة المجلس أمر اعتباري، فإذا زالت أهلية الموجب زال معها هذا الاعتبار لاحتمال رجوعه لو بقي على أهليته، ولعدم فهمه للقبول وهو شرط للانعقاد، ونفس الحكم في حالة زوال أهلية الموجب له، لأن الإيجاب يستلزم القبول وبزوال الأهلية لا يوجد قبول فيلغى الإيجاب.

راجع عمر السيد أحمد عبد الله: ابرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار النهضة العربية القاهرة 1995 ص 44 و45.

راجع أيضا محمد مصطفى شلبي: المدخل في تعريف الفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود.

المبحث الخامس: أثر الموت أو فقد الأهلية على الإيجاب والقبول

إن قانون الالتزامات والعقود المغربي يأخذ بمبدأ استقلال التعبير، بمعنى أنه إذا صدر التعبير انفصل عن صاحبه وأصبح له كيان ذاتي مستقل. فالتعبير عن الإرادة يكون له وجود مادي من وقت صدوره ويبقى له هذا الوجود المادي حتى ولو مات صاحبه أو فقد أهليته، فإذا ما وصل إلى علم من وجه إليه استكمل وجوده القانوني وأصبح صالحا لأن ينتج أثره رغم هذا الموت أو فقد الأهلية.

ولقد نص الفصل 31 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "موت الموجب أو نقص أهليته، إذا طرأ بعد إرسال إيجابه، لا يحول دون إتمام العقد إن كان من وجه إليه الإيجاب قد قبله قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته".

وبالمقابل لم يتعرض قانون المعاملات المدنية الإماراتي لهذا الموضوع الشيء الذي يستدعي تطبيق أحكام الفقه الإسلامي عملا بحكم المادة الأولى من هذا القانون والذي استقر على أن موت الموجب أو فقد أهليته يؤدي إلى سقوط الإيجاب[45].

45 – نصت المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة المعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987م على ما يلي:

"تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة.

فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب وإذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة".

راجع أيضا:

عمر السيد أحمد عبد الله: إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار النهضة العربية القاهرة 1995 ص 39.

فالإيجاب يسقط إذا مات الموجب أو فقد أهليته، كما إذا حجر عليه لجنون أو سفه، واتصل ذلك بعلم من وجه إليه الإيجاب قبل أن يقبله. أما إذا وقع قبول من وجه إليه الإيجاب قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته أو نقصها، فإنه يعتد بهذا القبول ويبرم العقد[46].

المبحث السادس: في شأن تحديد مراتب العقد في التشريعين الإماراتي والمغربي

المطلب الأول: على مستوى التشريع الإماراتي

لم يأخذ المشرع الإماراتي بالتقسيم الثنائي للبطلان إلى مطلق ونسبي، وأخذ بفكرة العقد الفاسد من الفقه الحنفي[47].

فقد نصت المادة 212 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي على أن:

"1- العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صح؛

2- لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه؛

3- ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون؛

4- ولكل من عاقديه أو ورثتهما حق فسخه بعد إعذار المتعاقد الآخر".

---

46 - إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة 1996 ص 210.

47 - عدنان سرحان: ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين للالتزامات الحقوق الشخصية - والعقود من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون - العدد الثالث والعشرون - ربيع الأول 1426 هـ مايو 2005 م ص 189.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الحنفي انفرد بالأخذ بفكرة العقد الفاسد عن باقي المذاهب، فهذا العقد عندهم يحتل مكانا وسطا بين العقد الصحيح والعقد الباطل[48].

ولقد اختار المشرع الأردني والمشرع في دولة الإمارات أن يقتبسا نظرية العقد الفاسد من المذهب الحنفي وأن يصوغاها في نصوص قانونية تمثلت أساسا في المادة 170 من القانون المدني الأردني والمادة 212 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي[49] بالرغم من عدم تبني هذه النظرية من قوانين عربية أخرى سبقت القانون الإماراتي في الأخذ من الفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي[50].

والواضح أن فكرة العقد الفاسد هي فكرة مستقاة من الفقه الإسلامي المتمثل في المذهب الحنفي. ويبدو حسب جانب من الفقه[51] أن اعتبارات السياسة الشرعية التي دعت الحنفيين إلى الأخذ بها هي إيجاد وسيلة لدعم استقرار التعامل وعدم التضحية باتفاقات ارتضاها الأطراف وسعوا إلى عقدها، فلا يغيب عن البال أن الاعتبارين الأساسين - والمتقابلين - اللذين ينظر إليهما عند رصد جزاء ما على خلل يصيب العقد هما من ناحية دعم الإرادة ومن ناحية أخرى استقرار المعاملات وإذا كان مودى الاعتبار الأول إفساح المجال واسعا أمام الإرادة لتنظيم علاقات الأفراد على النحو الذي يريدونه حقيقة، فإن مودى الاعتبار الثاني هو تقييد تأثير ما قد يشوب الإرادة الحقيقية على مصير العقد وعلى صلاحيته لإنتاج أثره، والحنفية وجدت طريقا تعزز فيه هذا الاعتبار الثاني[52].

48 - عمر السيد أحمد عبد الله : إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار النهضة العربية القاهرة 1995 ص 175.

49 - محمد صبري الجندي: "فكرة العقد الفاسد" هل يجب البقاء عليها في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية ؟ مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون العدد الثامن والعشرون- رمضان 1427 هـ - أكتوبر 2006 م ص 119.

50 - عدنان سرحان: م س ص 189.

51 - محمد صبري الجندي: م س ص 121.

52 - للمزيد من الإيضاح راجع: --

ويبدو أن الأخذ بفكرة العقد الفاسد أدخل اضطرابا واضحا في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات فإذا كان صحيحا أن التوفيق قد جانب المشرع الإماراتي في تنظيمه للعقد وفي تحديد شروطه المختلفة وفيما يترتب على تخلف هذه الشروط من جزاءات فإن أحد معالم هذا الارتباك هو إدخال نظرية العقد الفاسد، ذلك أن هذه الأخيرة كنظرية العقد الموقوف وكنظرية العقد غير اللازم أتت في قانون المعاملات المدنية الإماراتي تحت مسمى "شروط العقد" فظهر خلط واضح بين شروط العقد ومؤيدات تلك الشروط.

ويقول محمد صبري الجندي في هذا الصدد: "... وإذا كنا لا نرى في نظرية العقد الفاسد نظرية جديرة بالإتباع، فإننا لا نرى كذلك إمكان الإبقاء على نظرية العقد الموقوف لأسباب اجتهدنا في عرضها، والبديل في تقديرنا هو الأخذ بنظرية العقد غير اللازم، التي تقوم على مزايا لا تتوافر في نظرتي العقد الفاسد والعقد الموقوف وقد يجد المشرعان الأردني والإماراتي بعد طول أمد أن الفقه المالكي في هذا الجانب، الجانب المتعلق بالجزاءات الواجب رصدها لعيوب الإرادة، هو الأولى بالإتباع[53].

المطلب الثاني: على مستوى التشريع المغربي

لقد خص قانون الالتزامات والعقود المغربي المواد من 306 إلى 318 لأحكام البطلان والإبطال، وذلك في القسم الخامس من الكتاب الأول تحت عنوان **بطلان الالتزامات وإبطالها**.

-- – عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، بدون ذكر سنة الطبع، ج 4 ص 126.

– محمد يوسف موسى: الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، 1987 ص 436.

– محمد صبري الجندي: م س ص 121 و122.

53 – محمد صبري الجندي: م س ص 215.

ويتضح أن المدونة المغربية للالتزامات والعقود قد خالفت بدورها التسمية التقليدية لنوعي البطلان مضفية على البطلان المطلق لفظ البطلان Nullité، مجردا عن النعت والتخصيص، وعلى البطلان النسبي لفظ الإبطال Résolutionوهذه التسمية بدورها تفضل بكثير التسمية التقليدية[54].

وعلى الرغم من أن المشرع المغربي أخذ بالنظرية الحديثة في تقسيم البطلان تقسيما ثنائيا إلى بطلان وإبطال بطلان مطلق وبطلان نسبي، فقد وجه الفقه بعض المآخذ لهذا التنظيم التشريعي من بينها[55]:

- عدم نجاح المشرع المغربي في اختيار موقع عرض أحكام البطلان حيث عوض أن تبحث مباشرة بعد عرض أركان العقد على اعتبار البطلان جزاء، اختار المشرع بحث البطلان في قسم مستقل بعد الأقسام المخصصة لمصادر الالتزام وأوصافه.

هذا علاوة على نصوص أخرى خاصة عالجت أحكام الإبطال في مجال الأهلية وعيوب الإرادة[56].

- خلط المشرع المغربي بين الإبطال والفسخ في عدة مواد قانونية[57].

- استمرار وجود نظرية الانعدام التقليدية في ق.ل.ع بخصوص بعض الحالات الخاصة مثل عقد الوكالة[58].

---

54 - إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة 1996 ص 549.

55 - محمد الشرقاني: نظرية العقد دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن الطبعة الأولى دار وليلي للطباعة والنشر مراكش 1996 ص 209.

56 - راجع الفصول 4 و39 و54 و55 و56 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

57 - راجع الفصول 42 و45 و 485 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

58 - يراجع الفصل 882 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

للمزيد حول نظرية البطلان في التشريع المغربي راجع:

- محمد الشرقاني: م س ص 204 وما يليها.

- إدريس العلوي العبدلاوي: ص 531 وما يليها.

خاتمة:

لقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على علاقة قانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون الالتزامات والعقود المغربي بالفقه الإسلامي، بحيث كونا فكرة عامة عن موضوعها، انطلاقا من الوقوف على المصادر التاريخية للقانونين، ومرور بالوقوف على أهم مظاهر التأثر بالفقه الإسلامي من عدمه، معتمدين في ذلك على الأسلوبين التقريري والتحليلي، حسب ما تثيره كل مسألة من تضارب وجدل فقهي.

ولم نكتف بدراسة الموضوع في القانون المغربي وحده، بل اعتمدنا المقارنة أسلوبا ومنهجا سواء بقانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي يعتبر رائدا في الأخذ بقواعد الفقه الإسلامي على مستوى الدول العربية، أو بالقانون الفرنسي الذي يعتبر مصدرا ماديا مباشرا للقانون المغربي بصفة عامة، بالإضافة إلى بعض التشريعات الأخرى.

وحتى لا يكون هذا البحث تكرارا لما سبقت دراسته، نرى لزاما علينا تقديم مجموعة من المستنتجات على الشكل التالي:

- يعتبر قانون المعاملات المدنية الإماراتي أكثر القوانين العربية تأثرا بالفقه الإسلامي، بينما جاء قانون الالتزامات والعقود المغربي متأثرا بالقانون المدني الفرنسي عموما، وإن كان قد حقق الموازنة والتوافق بين هذا الأخير والفقه الإسلامي. ومع ذلك يظل القانون الإماراتي متأثرا هو الآخر بالقانون المدني الفرنسي في الكثير من المناحي وعلى رأسها نظرية الالتزام.
- إذا كان القانونين المدنيين المغربي والإماراتي، قد مثلا وقت وضعهما ثورة قانونية في مجال تنظيم المعاملات المدنية بين أفراد المجتمع، فقد بات لزاما مراجعتهما مراجعة شاملة، واستحداث مقتضيات جديدة تتماشى

وتنسجم مع ما تقتضيه المستجدات الاقتصادية والاجتماعية، اهتداء بقواعد الفقه الإسلامي الغنية أساسا، وبروح التشريعات الحديثة أيضا، وبالتالي التعجيل بتدوين قانونين مدنيين إماراتي ومغربي يعتد بالفقه المالكي كمصدر أصلي، وهو مطمح جميع الفقهاء الغيارى على تقريب الفقه الإسلامي. فمن المؤكد أن بقاء قوانين الاستعمار يعد بقاء للمستعمر ولو خرجت جيوشه وأطره الإدارية.

- لا شك أن تقنين الفقه الإسلامي بالالتزام بمذهب واحد أو أكثر دون مراعاة المستجدات والوقائع الحادثة، واجتهادات علماء الأمة، ليفضي بأي تشريع من هذا القبيل إلى العطالة والجمود. ولهذا وجب الأخذ بمختلف المذاهب الفقهية الإسلامية دون الوقوف على مذهب معين على أن يكون ذلك بشكل متناسق.

والله ولي التوفيق

رهن الأصل التجاري كأداة للائتمان التجاري

د. محمد المقريني
دكتور في الحقوق
كلية الحقوق بسلا
جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة:

الأصل التجاري مال منقول معنوي هو يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية، ويشمل وجوبا الزبناء والسمعة التجارية[1].

فإذا كان الأصل التجاري مثله مثل سائر الأموال التي تحسب من الذمة المالي للشخص، فله الحق في التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات، البيع، الهبة، كما له الحق أن يقدمه كضمان للدين في إطار عقد الرهن[2]، وهذا النوع من الضمان هو ما قد يلجأ إليه التاجر من أجل تطوير منتجاته وخدماته وانتعاش موارده مقابل الحصول على القروض.

وحتى يتحقق الهدف من الحصول على القروض أو الائتمان ومن أجل عدم عرقلة العملية الاستثمارية وذلك بتمكين صاحب الأصل التجاري من

1 – المادة 80 من مدونة التجارة: "يشتمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء وسمعة تجارية...".

2 – تعرف المادة 1170 من قانون الالتزامات والعقود الرهن الحيازي: "عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولا أو عقاريا أو حق معنويا لضمان الالتزام، وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين، إذا لم يف له به المدين.

الاستمرار في استغلاله واستثماره في أحسن الظروف، خول المشرع المغربي لمالك الأصل التجاري الحق في رهنه مع الاحتفاظ بحيازته[3].

فرهن الأصل التجاري؛ ضمانة عينية على منقول تمنح للدائن المرتهن من أجل الحصول على قروض من طرف المدين الراهن التاجر، وما يتميز به هذا النوع من الرهن هو الاحتفاظ بالحيازة من طرف هذا الأخير.

وإذا كان المشرع قد أعطى هذه الميزة للمدين، فبالمقابل وضع نظام السجل التجاري بالنسبة للدائن حتى يتمكن من تسجيل جميع التقييدات المنجزة على الأصل التجاري، والاطمئنان على الديون التي يقدمها لمالك الأصل التجاري.

مما سبق يبدو أن رهن الأصل التجاري قيد يكون أداة لطلب الائتمان لتمويل المشروع من طرف المؤسسات الائتمانية بصفة عامة والبنكية على الخصوص، إلا أن التساؤل المطروح هو ما قيمة هذا الضمان بالنسبة للمؤسسة مانحة الائتمان خصوصا وأن الأمر يتعلق بمال منقول معنوي، أحيانا قد ترتفع قيمته وأحيانا أخرى قد تنخفض بصفة مفاجأة، وبصيغة أخرى هل رهن الأصل التجاري يعتبر وسيلة مضمونة للحصول على الائتمان؟

وهل تطمئن المؤسسات الائتمانية إلى هذا النوع من الرهون من أجل تقديم القرض؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال التعرض لمختلف المراحل التي يمر بها عقد رهن الأصل التجاري سواء على مستوى التكوين أو الآثار والتنفيذ وذلك باتباع التقسيم الآتي:

---

3 – المادة 106 من مدونة التجارة: "...لا يخول رهن الأصل التجاري للدائن المرتهن الحق في الحصول على الأصل مقابل ماله من ديون وحسب نسبتها".

فمن البديهي أن يحتفظ مالك الأصل التجاري بالحيازة وإلا انعدمت كل فائدة من عملية القرض الذي قد يمنح من طرف المؤسسات الائتمانية، لأنه لا يمكن أن نتصور تنصيص المشرع على عقد رهن الأصل التجاري من أجل حرمان التاجر من ممارسة نشاطه.

المبحث الأول: إنشاء الرهن على الأصل التجاري

المبحث الثاني: تحقيق الرهن على الأصل التجاري المرهون

المبحث الأول: إنشاء الرهن على الأصل التجاري

إن اعتبار الأصل التجاري مال منقول معنوي كأي مال آخر منقول سواء كان ماديا أو معنويا، يجوز قانونا رهنه رهنا حيازيا مع ما يتطلب ذلك من نقل الحيازة المادية إلى الدائن المرتهن.

فرهن الأصل التجاري، يستوجب ضرورة نقل الحيازة للدائن المرتهن وحرمان التاجر من الاستمرار في استغلال أصله التجاري، مما قد يجعله يتوقف عن الدفع ليفقد الأصل التجاري قيمته الائتمانية، ولا يعود أداة فعالة وصالحة للمطالبة بالتمويل عن طريق تقديم مساعدات في شكل قروض.

إن نقل حيازة الأصل التجاري المرهون للدائن المرتهن وفقا للقواعد العامة في ق.ل.ع يعتبر عرقلة حقيقية بالنسبة لاستغلال واستمرار نشاط الأصل التجاري، لذلك تدخل المشرع على اختلافه لوضع نظام خاص بالنسبة لرهن الأصل التجار، حيث جعل من رهن الأصل التجاري استثناء من قواعد الرهن الحيازي التجاري، حيث جعل من رهن الأصل التجاري استثناء من قواعد الرهن الحيازي للمنقول بحيث جعله رهنا دون التخلي عن الحيازة.

وبهذا يكون المشرع قد أفرد الأصل التجاري بأحكام خاصة في حالة رهنه (الرهن دون التخلي عن الحيازة)، وذلك من أجل حماية المقاولة من التوقف عن الدفع وكذا ضمان استمرارية استغلال النشاط.

ومع ذلك فإن هذه الأحكام لا يمكن العمل بها إلا في حالة توافر معطيات موضوعية وأخرى شكلية (فرع أول) وذلك لما قد يترتب عن رهن الأصل التجاري من آثار سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير (فرع ثاني).

الفرع الأول: أركان عقد رهن الأصل التجاري

يستلزم رهن الأصل التجاري بالإضافة إلى الشروط العامة المتطلبة قانونا من أجل إبرام العقود (الرضا، الأهلية، المحل، السبب)، شروطا خاصة به منها ما هو موضوعي (مطلب أول) ومنها ما هو شكلي (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الشروط الموضوعية المتطلبة لإنشاء رهن الأصل التجاري

يشترط لرهن الأصل التجاري توافر مجموعة من الشروط الموضوعية منها ما يرتبط بالمدين الراهن (فقرة أولى)، ومنها ما يتعلق بمحل الرهن (فقرة ثانية)[4].

الفقرة الأولى: الشروط الموضوعية المتعلقة بالمدين الراهن

باعتبار الأهمية التي يحظى بها رهن الأصل التجاري بالنسبة للمعاملات التجارية فقد عمد المشرع إلى تطلب شروط معينة يجب توافرها بالنسبة للراغب في رهن الأصل التجاري، أن يكون أهلا للتصرف في الأصل التجاري عن طريق الرهن، واعتمادا على الإحالة من مدونة التجارة المغربية المادة 12 منها على مدونة الأسرة يكون سن الرشد القانوني الذي يخول للشخص الحق في إبرام التصرفات على اختلاف أنواعها هو 18 سنة شمسية كاملة[5]، ويستثنى من ذلك حالة القاصر المأذون له بممارسة التجارة، وكذا حالة الترشيد المنصوص عليها

4 – للإشارة فإن الدائن المرتهن باعتباره الطرف الأساسي في العلاقة التعاقدية لم يتطلب المشرع شروط خاصة به فقد يكون شخص طبيعي أو دائن أو شخصا معنويا، وغالبا ما يكون هذا الطرف مؤسسة من مؤسسات الائتمان كالبنك وشركات التمويل...

5 – تنص المادة 12 من مدونة التجارة على ما يلي: "تخضع الأهلية لقواعد الأحوال الشخصية...".

تنص المادة 209 من مدونة الأسرة على: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة".

في المادة 218 من مدونة الأسرة[6]، بشرط أن يتم تقييد الإذن أو الترشيد في السجل التجاري بالإضافة إلى شرط الأهلية يشترط في الراغب في رهن الأصل التجاري أن يكون هو المالك الحقيقي للأصل التجاري.

وتطبيقا لذلك يمكن لمالك الأصل التجاري أن يقدم أصله ضمانا لدينه سواء كان هو المالك للعقار الذي يمارس فيه التجارة أو مجرد مكتري وهو ما تضمنه الفصل 37 من ظهير 24 ماي 1955 المنظم للكراء التجاري، حيث منع المكري من التعرض للمشتري في حالة بيع الأصل التجاري المشغل بالعقار المكري.

فإذا منع المكري من التعرض على البيع فأحرى بالنسبة للرهن[7].

ومن هنا تبدو أهمية الرهن للأصل التجاري من حيث اشتراط أهلية التصرف وملكية الأصل التجاري وذلك لما قد يترتب عن هذه العملية من إمكانية التنفيذ عن طريق البيع بالمزاد العلني في حالة عدم الوفاء بالدين المضمون برهن.

---

6 – الفقرة الثالثة من المادة 218 من مدونة الأسرة وما بعدها: "إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده. يمكن للنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشيد القاصر الذي بلغ السنة المذكور أعلاه، إذا أنس منه الرشد.

يترتب عن الترشيد تسلم المرشد لأمواله واكتسابه الأهلية الكاملة في إدارتها والتصرف فيها، وتبقى ممارسة الحقوق غير المالية خاضعة للنصوص القانوني المنظمة لها.

وفي جميع الأحوال لا يمكن ترشيد من ذكر، إلا إذا ثبت للمحكمة رشده بعد اتخاذ الإجراءات الشرعية اللازمة.

7 – انظر في هذا الشأن:

– عبد الحميد اغميجة، رهن الأصل التجاري كضمانة لدى البنك – تحقيق الرهن، مقال منشور بمجلة العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب، الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي 19–20 يونيه 1993، مطبعة الأمنية – الرباط، 220.

- Boutoud et Chabral, traité général du fonds de commerce, encyclopedie dalloz N°286 année1984, p5.

الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية المتعلقة بمحل الرهن

حسب المادة 107 من مدونة التجارة: "لا يجوز أن يشمل رهن الأصل التجاري سوى العناصر المحددة في المادة 80 باستثناء البضائع..." وتطبيقا لما هو مسطر أعلاه، يجوز رهن الزبناء والسمعة التجارية، الاسم التجاري، الشعار، الحق في الكراء، الأثاث التجاري والمعدات والأدوات وبراءة الاختراع والرخص وعلامات الصنع والتجارة والخدمة والرسوم والنماذج الصناعية.

وإذا شمل الرهن براءة الاختراع فإن الشهادة الإضافية المنطبقة والناشئة بعده، تكون مشمولة أيضا بالرهن كالبراءة الأصلية، وبالمقابل استثنت المادة 107 من مدونة التجارة رهن البضائع، والهدف من ذلك هو تفادي التناقض الذي قد يقع فيه المشرع من خلال استحداثه لنظام رهن الأصل التجاري دون التخلي عن الحيازة، وإمكانية رهن البضائع باعتبارها منقولا كسائر المنقولات المادية التي تطبق عليها نظام الحيازة في المنقول سند للملكية، وبالتالي الابتعاد عن الهدف من وضع نظام رهن الأصل التجاري[8].

كما أن المدين الراهن في حالة رهن البضائع يجب أن تبقى تحت حراسته وهذا من شأنه عرقلة عملية الاستثمار والحكم على الأصل التجاري بالتوقف بصفة نهائية نتيجة اندثار كل مقوماته المادية والمعنوية ومنها الزبناء.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية

يتطلب رهن الأصل التجاري توافر شروط شكلية منها ما يتعلق بالكتابة، حيث تشترط المادة 108 من مدونة التجارة أن يثبت الرهن بعقد مكتوب

8- نود الإشارة إلى أن الهدف من وضع نظام رهن الأصل التجاري هو وضع قيمة اقتصادية مضافة إلى إمكانية رهن المنقولات المادية التي قد يتوفر عليها التاجر أو المقاولة، فطبيعي أن تستثنى البضائع من عملية الرهن.

يتضمن تاريخ العقد، الأسماء الشخصية والعائلية لمالك الأصل وللدائن وموطنهما وبيان الفروع ومقارها التي قد يشملها الرهن.

والكتابة التي يتطلبها المشرع المغربي من أجل إثبات عقد الرهن قد تكون رسمية أو عرفية وفقا للمادة 83 من مدونة التجارة التي تحيل عليها المادة 108 من مدونة التجارة أعلاه وبديهي أن يرد العقد كتابة مادام أن المشرع يتطلب ضرورة إيداع العقد لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية التي يوجد بداخل نفوذها مقر استغلال الأصل التجاري[9].

وبهذا يكون المشرع المغربي قدساير أهم الخصائص التي تميز عالم المال والتجارة، السرعة والائتمان.

وبالإضافة إلى عنصر الكتابة يستوجب المشرع المغربي من خلال المادة 108 من مدونة التجارة، تحت طائلة البطلان[10] إيداع نسخة من العقد الرسمي أو العرفي لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية التي يوجد بدائرة نفوذها مقر استغلال الأصل التجاري[11]، كما ألزم المشرع بالقيام بعملية التسجيل داخل أجل 15 يوما من تاريخ إنشاء العقد، وذلك بغاية إطلاع الغير، وكذا الاحتجاج به في مواجهة الدائنين الآخرين المحتملين، إلا أن هذا التقييد لا يخضع للنشر في الجرائد.

كما ألزم المشرع المغربي من خلال المادة 137 من مدونة التجارة القيام بإجراءات تجديد التقييد لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية المختصة كل خمس سنوات تحت طائلة إلغاء التقييد الأولي بصفة تلقائية [12].

---

9 - Voir dans ce sens: Hassania Cherkaoui, droit commercial, imprimie Najah Aljadida, 1er édition, 2001, p154 etS.

10 - نود الإشارة هنا إلى أن البطلان هنا يلحق امتياز الغير وليس عقد الرهن لأن التسجيل بالسجل التجاري آثر تقريري وليس إنشائي.

11 - العملية ذاتها يجب القيام بها في حالة توافر الأصل التجاري على فروع أخرى تابعة لدى مناطق مختلفة، حيث يتعين إيداع التسجيل لدى كتابة ضبط كل محكمة تجارية يوجد فيها فرع تابع للأصل التجاري وهو ما نصت عليه المادة 109 الفقرة الثانية كالتالي: "يجب القيام بالإجراء نفسه لدى كتابة ضبط كل محكمة يوجد بدائرتها فرع يشمله الرهن".

12 - تنص المادة 137 من مدونة التجارة على أنه: "يحفظ التقييد الامتياز لمدة خمس سنوات من تاريخه ويعتبر التقييد لاغيا إذا لم يجدد قبل انقضاء هذه المدة، ويقوم كاتب الضبط بالتشطيب تلقائيا على التقييد إذا لم يقع تجديده".

والشكلية هذه من شأنها أن تؤدي دورها كضمانة للدائن من استيفاء دينه في حالة عدم تمكن المدين من أداء ما بذمته بسبب الرهن، خصوصا وأن المشرع خول لصاحب الأصل التجاري أو مالكه تقديمه كضمانة للدين في إطار عقد الرهن ولكن دون أن يتخلى عن الحيازة بل يبقى هو المستثمر والمستغل دون أن يتخلى عن الحيازة بل يبقى هو المستثمر والمستغل له دون غيره على خلاف الرهن الحيازي للمنقول الذي يتطلب تسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن أو أحد من الغير يتم الاتفاق عليه للاحتفاظ به حتى أداء الدين أو حبسه إلى حين أداء المدين الراهن ما بذمته.

كما أن الهدف من شكلية الإشهار هو إعلام الأغيار المعنيين بعملية الرهن واعتباره حجة في مواجهة الدائنين المسجلين والدائنين الغير المسجلين.

الفرع الثاني: آثار عقد رهن الأصل التجاري

إن الطبيعة الخاصة التي يتميز بها رهن الأصل التجاري باعتباره منقولا معنويا، جعل منه المشرع رهنا رسميا أكثر منه رهنا للمنقول، ما دام أن المدين لا يتخلى عن حيازة الشيء المرهون، وفي نفس الوقت أحاط عملية رهن الأصل التجاري بمجموعة من الضمانات وهو ما يستنتج من خلال دراسة آثار رهن الأصل التجاري بالنسبة للمتعاقدين (مطلب أول) أو في مواجهة الغير (مطلب ثاني).

المطلب الأول: آثار رهن الأصل التجاري بالنسبة للمتعاقدين

يترتب على رهن الأصل التجاري مجموعة من الحقوق والواجبات بالنسبة لطرفي العقد فمنها ما يتعلق بالمدين الراهن، الذي يجب عليه الحفاظ على المال المرهون، وذلك بالاستمرار العادي في ممارسة نشاطه، ودون أن يجري أي فعل

من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المرهون[13]، وإلا ترتب في حالة المخالفة إمكانية تحقيق الرهن[14] وكذا إمكانية مساءلته جنائيا[15].

كما يلزم المشرع المدين الراهن في حالة نقل الأصل التجاري إعلام الدائنين بهذا الإجراء الذي سوف يقدم عليه، ولقد حددت المادة 110 من مدونة التجارة المدة التي يجب خلالها إعلام الدائنين المقيدين بالمقر الجديد الذي يرى أن يستغل فيه أصله التجاري، وهي أجل15 يوما قبل الإقدام على النقل[16].

كما يلزم المدين الراهن أيضا بإعلام الدائنين في حالة الإقدام على بيع أحد عناصر الأصل التجاري بحيث لا يقع البيع إلا بعد مضي عشرة أيام على الأقل من تاريخ الإعلام[17].

---

13 – ينص الفصل 1179 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: من أنشأ رهنا لا يحق له أن يجري أي فعل من شأنه أن ينقص قيمة المرهون عما كانت عليه عند إبرام الرهن ولا أن يمنع من مباشرة الحقوق الناشئة من الرهن لصالح الدائن.

14 – ينص الفصل 1183 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "إذا هلك الشيء المرهون أو تعيب بفعل المدين، كان للدائن أن يطلب الوفاء بحقه على الفور...".

15 – تنص المادة 525 من القانون الجنائي على ما يلي: "الراهن الذي يبدد أو يتلف عمدا شيئا مملوكا له رهنه في دين عليه أو على غيره يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم". كما مدد المشرع ال العقوبة المنصوص عليها من المادة 523 أعلاه إلى زوج أو أصل أو فرع محجوز عليه والمدين والمقترض أو الراهن إذا ساعدوا في تبديدها أو إتلافها أو في محاولة ذلك (المادة 526 من القانون الجنائي).

16 – تنص المادة 111 من مدونة التجارة على ما يلي: "في حالة نقل الأصل التجاري تصبح الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون إذا لم يقم مالك الأصل التجاري خلال خمسة عشرة يوما على الأقل قبل النقل بإعلام الدائنين المرتهنين برغبته في نقل الأصل التجاري وبالمقر الجديد الذي يريد أن يستغل فيه...".

- Dans ce sens voir aussi: Hassania Cherkaoui, op.cit, p1555.

17 – المادة 120 من م.ت.م: "لا يجوز بيع واحد أو أكثر من العناصر التي يتكون منها الأصل التجاري المثقل بتقييدات، كلا على حدة، متى كان البيع بموجب حجز تنفيذي او بمقتضى هذا الباب، إلا بعد عشرة أيام على الأقل من تاريخ إخطار الدائنين الذين أجروا تقييدهم قبل الإخطار المذكور بخمسة عشر يوما على الأقل في الموطن المختار في تقييدهم ما عدا الحق في الكراء".

أما بالنسبة للدائن المرتهن فإن رهن الأصل التجاري، يعطي له حق الأولوية وذلك بالأفضلية على باقي الدائنين الذين يتمتعون برهن لاحق، مع الأخذ بعين الاعتبار ما أوردته المادة 110 من مدونة التجارة التي نصت على أن تحديد مرتبة الدائنين المرتهنين فيما بينهم حسب تاريخ تقييدهم في السجل التجاري ويكون للدائنين المرتهنين المقيدين في يوم واحد نفس المرتبة.

كما يعطي له (أي للدائن المرتهن) حق التتبع بالنسبة للأصل التجاري المرهون في أي يد كان والتنفيذ عليه واقتضاء الدين من ثمنه وهو ما أكدته المادة 122 من مدونة التجارة كالتالي: "يتبع امتياز البائع أو الدائن المرتهن الأصل التجاري حيثما وجد...".

المطلب الثاني: آثار الرهن بالنسبة للغير

تنص المادة 111 من مدونة التجارة على ما يلي: "يمكن أن ينتج كذلك عن تقييد رهن استحقاق الديون السابقة إذا كانت مترتبة عن استغلال الأصل التجاري".

يتطلب المشرع لاستحقاق الدين قبل ميعاده أن يكون سابقا على رهن الأصل التجاري، كما يتطلب أن يتعلق الدين باستغلال الأصل التجاري بحيث أن رهن الأصل التجاري قد يلحق ضررا بالدائن العادي في حالته.

ولقد أعطى المشرع هذه الإمكانية للدائن، ليجعل المدين يفكر جيدا قبل الإقدام على عملية رهن الأصل التجاري حتى لا يترتب عن ذلك الوفاء بالديون العادية قبل حلول الأجل والذي قد يفتح عليه الباب لزيادة الصعوبات المالية والتوقف عن الدفع، واختلال الوضعية الاقتصادية للتاجر ككل وبشكل لا رجعة فيه.

ويبقى أن حلول الدين العادي قبل الأجل، لا يكون إلا بناء على طلب من المعني بالأمر والمحكمة لها سلطة تقديري في الحكم بذلك إذا توافرت الشروط المتطلبة قانونا لذلك.

وقد يترتب كذلك على الأصل التجاري المثقل بتقييدات إمكانية مطالبة المالك بفسخ عقد كراء العقار الذي يستغل فيه الأصل التجاري، إلا أن المشرع يتطلب في مقابل هذا الحق الذي يملكه مالك العقار ضرورة تبليغ طلبه هذا إلى الدائنين المقيدين في السجل التجاري في موطنهم المختار، بحيث لا يمكن للمحكمة أن تصدر الحكم في هذه الحالة إلا بعد مرور ثلاثين يوما على تبليغ المعنيين بالأمر(الدائنون السابقون المقيدون بالسجل التجاري)[18].

المبحث الثاني: تحقيق رهن الأصل التجاري

يعتبر رهن الأصل التجاري كضمان لأداء دين معين في ذمة المدين الراهن، فعلى هذا الأخير أن يقوم بأداء الدين المضمون برهن الأصل التجاري في الأجل المحدد، وإلا ترتب عن ذلك إمكانية التنفيذ عليه وذلك عن طريق استصدار حكم من طرف المحكمة التي توجد بداخل نفوذها الأصل التجاري المرهون، لبيع الأصل التجاري المرهون.

بالإضافة إلى الطريقة البديهية المتمثلة في حلول الأجل العادي لأداء الدين المضمون برهن الأصل التجاري، فإن هناك حالات استثنائية لحلول الدين بالرغم من عدم حلول الأجل العادي المتفق عليه، هذه الحالات التي تستخلص من مواد مدونة التجارة فحسب المادة 111 من مدونة التجارة فإن حالات الحلول الاستثنائي للدين المضمون برهن الأصل التجاري تتمثل في:

18 – تنص المادة 112 من م.ت.م على ما يلي: "إذ أقام المالك دعوى بفسخ كراء العقار الذي يستغل فيه أصل تجاري مثقل بتقييدات، وجب عليه أن يبلغ طلبه إلى الدائنين المقيدين سابق، في الموطن المختار المعين في تقييد كل منهم، ولا يصدر الحكم إلا بعد ثلاثين يوما من هذا التبليغ.

ولا يصبح الفسخ الرضائي للكراء نهائيا إلا بعد ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ الدائنين المقيدين في الموطن المختار لكل منهم".

1- حالة نقل الأصل التجاري، إذا لم يقم مالك الأصل التجاري خلال خمسة عشر يوما على الأقل قبل النقل بإعلام الدائنين المرتهنين برغبته في نقل الأصل التجاري وبالمقر الجديد الذي يريد أن يستغله فيه.
2- إذا نقل الأصل التجاري بدون موافقة البائع أو الدائن المرتهن وسبب النقل نقصا في قيمته.
3- كما يمكن أن ينتج عن تقييد رهن، استحقاق الديون السابقة على الأصل التجاري، إذا كانت مترتبة عن استغلال الأصل التجاري.

عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء بالالتزامات التي تترتب على المدين الراهن، تبدأ مسطرة أخرى من أجل استيفاء الدين المترتب على الأصل التجاري من طرف الدائن المرتهن هذه المسطرة التي جعل منها المشرع المغربي مسطرة خاصة على اعتبار الخصوصية التي ميز بها رهن الأصل التجاري الذي اعتبره رهنا دون التخلي عن الحيازة، والمتمثلة في قصر الآجال وتبسيط الإجراءات، هذه المسطرة التي وضع لها المشرع مجموعة من الضوابط منها ما هو شكلي وموضوعي (فراع أول) ومنها ما يتعلق بتوزيع ثمن المبيع على دائني الأصل التجاري (فرع ثاني).

الفرع الأول: الشروط الشكلية والموضوعية للتنفيذ على الأصل التجاري

يعتبر الرهن الواقع على الأصل التجاري ضمانا لدين سبق أن استفاد منه المدين الراهن على أن يودي ذلك عند حلول الأجل المحدد، وإلا تمكن الدائن المرتهن من التنفيذ على الأصل التجاري المرهون عن طريق استصدار حكم من طرف المحكمة بالبيع[19].

19 – نود الإشارة في هذا الصدد بأن المشرع المغربي كان واضحا من حيث منع الدائن المرتهن من تملك الشيء المرهون لنفسه بعد حلول أجل الدين وفي هذا الصدد نصت المادة 106 من م.ت.م على ما يلي: "...لا تخول رهن الأصل التجاري للدائن المرتهن الحق في الحصول على الأصل مقابل ما له من ديون وحسب نسبتها".

فعند حلول الدين وامتناع المدين عن الوفاء بدينه، يوجه الدائن له إنذارا الأداء داخل أجل ثمانية أيام، وفي حالة سقوط الأجل فمن حق الدائن المرتهن بيع الأصل التجاري المرهون وذلك عن طريق تقديم طلب أمام المحكمة التجارية الابتدائية التي يستغل داخل دائرتها الأصل التجاري.

فبعد استنفاذ إجراءات الإنذار وتقديم الطلب أما المحكمة التجارية المختصة باعتبارها إجراءات شكلية، تبدأ الإجراءات الموضوعية لتحقيق رهن الأصل التجاري.

هذه الإجراءات الموضوعية المتعلقة بتقديم طلب بشأن حجز تحفظي على عناصر الأصل التجاري وفقا للمادة 453 من قانون المسطرة المدنية لرئيس المحكمة التجارية التي يستغل بدائرة نفوذها الأصل التجاري، وذلك مخافة إقدام المدين الراهن على التصرف في أحد عناصر الأصل التجاري المرهون وهو ما قد يحرم الدائن المرتهن من الاستفادة من الحقوق التي يرتبها مثل هذا النوع من الرهن، كحق التتبع مما قد يحول دون التمكن من استيفاء ديونه.فبعد تقديم طلب البيع القضائي للأصل التجاري المرهون أمام المحكمة التجارية المختصة تقوم هذه الأخيرة بإصدار الحكم خلال خمسة عشر يوما التي تلي أول جلسة حسب المادة 113 من مدونة التجارة[20].

ويكون الحكم الصادر عن هذه المحكمة مشمولا بالنفاذ المعجل على الأصل، وغير قابل للتعرض في حين يمكن استئناف الحكم داخل خمسة عشر يوما من يوم تبليغ الحكم على أن للاستئناف أثر موقف للتنفيذ، كما أن محكمة الاستئناف بدورها ملزمة قانونا بأن تصدر قرارها داخل أجل ثلاثين يوما ويكون قرارها قابلا للتنفيذ على الأصل (المادة 113 فقرة 8 من مدونة التجارة).

20 – تنص المادة 113–8 من مدونة التجارة على أنه: "يصدر الحكم خلال الخمسة عشر يوما التي تلي أول جلسة ويكون هذا الحكم غير قابل للتعرض ومشمولا بالنفاذ على الأصل، ويكون لاستئناف الحكم أثر موقف ويجب أن يقع خلال خمسة عشر يوما من تبليغ الحكم ويصدر قرار محكمة الاستئناف خلال الثلاثين يوما ويكون قرارها قابلا للتنفيذ على الأصل".

وتنصيص المشرع عن حالات قصيرة سواء أمام المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية لإصدار الحكم أو القرار الهدف منه هو تبسيط مسطرة تحقيق الرهن مادام أن المدين الراهن عاجز عن سداد الدين المرتبط بالرهن وآن الأمر متوقف على استصدار حكم بالبيع، وكذلك تمكين مؤسسات الائتمان باعتبارها من التي تقدم القروض في مقابل رهن الأصل التجاري من استخلاص ديونها في حالة امتناع المدين في أقرب الأجل مقارنة مع المسطرة العادية لتحقيق الديون بصفة عامة.

إلا أنه عن المستوى الممارسة العملية وكما أورد أحد الباحثين "فالممارسة القضائية والتعاطي لهذا النوع من القضايا يؤكد أن عدم احترام المحاكم لهذه الآجال في أغلب الأحيان، ومن ثم ينتفي قصد المشرع من هذا التقصير للمواعيد المذكورة"[21] فتتحول هذه المسطرة الاستثنائية لتحقيق رهن الأصل التجاري إلى المسطرة العادية المتعلقة بتحقيق الرهون العادية.

فبعد أن تصدر المحكمة قرارها حسب ما هو مبين بالمادة المشار إليها أعلاه، يتعين على العون المكلف بالملف أن قوم بتبليغه إلى المحكوم عليه (المدين الراهن) وفقا للفصول 37 و38 و39 من قانون المسطرة المدنية كما يتعين على العون تسلم الرسوم والوثائق المتعلقة بالأصل التجاري موضوع البيع، تحرير دفتر التحملات، إقامة إعلان البيع بالمزاد العلني بعد الانتهاء من إجراءات تبليغ السند التنفيذي، ويضمنه البيانات التالية:

- ملخص عن موضوع السند التنفيذي.
- تاريخ افتتاح المزاد العلني.
- بيان شروط البيع.
- إيداع الوثائق التي يستلزمها البيع بكتابة الضبط.

---

21 - عبد اللطيف مشبال، رهن الأصل التجاري، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون، العدد15، ص265.

وحسب المادة 115 من مدونة التجارة يعلق الإعلان بالبيع بالمزاد العلني بالمدخل الرئيسي للعقار الذي يوجد فيه الأصل التجاري وكذا باللوحة المخصصة للإعلانات في مقر المحكمة وفي أي مكان مناسبا للإعلان وينشر علاوة على ذلك بإحدى الجرائد المخولة لها نشر الإعلانات القانونية.

فبعد انتهاء عملية الإشهار، يتم إقفال محضر المزاد بتلقي جميع العروض وتقييدها بالترتيب بحسب تواريخها بأسفل نسخة الحكم الصادر بالبيع، وتقع المزايدة بكتابة الضبط المكلفة بالبيع بعد مضي 30 يوما من تاريخ التبليغات على أنه يمكن تمديد الأجل نتيجة الظروف بأمر معلل من رئيس المحكمة لمدة لا يمكن أن تتجاوز مجموعها تسعين يوما، تدخل الثلاثين يوما الأولى (المادة 116 من مدونة التجارة).

وبعد ذلك يبلغ عون التنفيذ أثناء العشرة أيام الأولى من الأجل المذكور (30 يوما أو تسعين يوما) إلى مالك الأصل التجاري وإلى الدائنين المقيدين قبل صدور الحكم القاضي بالبيع بإخطارهم بضرورة الحضور في اليوم والساعة المحددين للمزايدة.

كما يقوم عون التنفيذ في الأيام العشرة الأخيرة من هذه المادة (30 يوما أو تسعين يوما) باستدعاء نفس الأطراف والمتزايدين الذين قدموا عروضهم للحضور في نفس التاريخ.

وإذا حل اليوم والساعة المعنيان لإجراء المزايدة و لم يؤدي للأصل التجاري ما بذمته قام عون التنفيذ بعد التذكير بالأصل التجاري الذي هو موضوع المزايدة وبالتكاليف التي يتحملها وبالعروض الموجودة وآخر أجل لقبول عروض جديدة بإرساء المزايدة الأخير الموسر الذي قدم أعلى عرض أو قدم كفيلا موسرا ويحرر محضرا بإرساء المزاد.

كما يجب على الراسي أن يؤدي ثمن البيع فورا، داخل أجل عشرين يوما.

إلا أنه إذا لم ينفذ الراسي عليه المزاد شروط المزايدة و لم يستجب للإنذار الموجه إليه باحترامه التزاماته خلال عشرة أيام يعاد بيع الأصل التجاري بالمزاد على ذمته، داخل أجل الشهر الموالي للعشرة أيام، على أن تنحصر إجراءات البيع المعاد في إعلان جديد تتبعه مزايا جديدة (المادة 119 فقرة 2 من مدونة التجارة).

يتضمن الإعلان علاوة على البيانات العادية، بيان المبلغ الذي وقف به المزاد الأول وتاريخ المزايدة الجديدة، على أن يكون الأجل الفاصل بين الإعلام عن البيع والمزايدة الجديدة ثلاثين يوما (المادة 119 فقرة 3 و4 من مدونة التجارة).

كما يمكن للمزايدة المتخلف داخل هذا الأجل توقيف إجراءات إعادة البيع شريطة إثباته القيام بتنفيذ شروط المزاد السابق والوفاء بالمصاريف التي تسبب فيها نتيجة خطئه (المادة 119 فقرة5 من مدونة التجارة).

وفي الحالات العادية يترتب على إعادة البيع فسخ المزايدة الأولى بأثر رجعي (المادة 119 فقرة 6).

وفي كل الأحوال يلزم المزايد المتخلف عن المزايدة الأولى بأداء الفرق بين الثمن الذي رست به المزايدة الأولى والثانية إذا كان هذا الثمن الأخير أقل من الأول وفي حالة العكس لا يمكن له المطالبة بالفرق لفائدته (المادة 119 من مدونة التجارة الفقرة 7).

وبتمعننا لهذه الإجراءات المنصوص عليها للتنفيذ عن الأصل التجاري المرهون إنها مساطر طويلة ومعقدة وإن كانت الأجالات تبدو قصيرة كما أشرنا إلى ذلك ولكن احتسابها كلها نجد بأنها أجالات طويلة جدا مقارنة مع موضوع التنفيذ الذي هو عناصر مادية وأخرى معنوية يسهل اندثارها وفقدانها لقيمتها الاقتصادية لذلك لابد من إعادة النظر من طرف المشرع المغربي في مسطرة التنفيذ في أول فرصة تتاح له، وذلك بجعلها مسطرة سهلة ومرنة ما دام أن الأمر وصل إلى التنفيذ ذلك حتى لا يفقد الأصل التجاري قيمته الائتمانية لدى

المؤسسات التمويلية، حيث أن مؤسسات الائتمان غالبا ما تحجم حاليا وفقا لهذه المساطر المعقدة من تقديم قروض للتاجر مقابل تقديم الأصل التجاري كضمانة، وكما أشرنا إلى ذلك غالبا ما تتطلب ضمانات أخرى شخصية أو عينية تضاف لذلك.

ونود الإشارة إلى أن امتناع المدين الراهن عن الوفاء بالدين المترتب عن رهن الأصل التجاري للدائن المرتهن قد يبقى دون جدوى حتى في حالة التنفيذ عن الأصل التجاري المرهون، وذلك لاعتبارات منها:

أن الأصل التجاري عبارة عن مجموعة من العناصر المكونة له حيث هذه العناصر سرعان ما تتلاشى أو تتقادم أو قد تتأثر نتيجة عدم استمرار التاجر في مزاولة عمله أو نتيجة عدم تجديده لنشاطه، وعليه وقد يحدث أنه عند الإعلان عن افتتاح المزايدة أن لا يتقدم أي مشتري مزايد، لأن الأصل التجاري يكون قد فقد تجهيزاته وبضاعته وسمعته وأغلبية الزبناء إن لم نقل الزبناء الذين كانوا يقصدون المحل التجاري، وأن مكري المحل التجاري له ديون كثيرة على المحل والمتعلقة بالسومة الكرائية بالإضافة إلى سوء النية التي تكون للمدين الراهن في هذه المرحلة من مراحل تحقيق الرهن، بحيث يعمد إلى اختلاق إحداث ويعارض المساطر القانونية وذلك كله من أجل تطويل مسطرة التحقيق وإبقاء الأصل التجاري تحت يده.

الفرع الثاني: توزيع ثمن المبيع على دائني الأصل التجاري

بعد انتهاء عملية البيع للأصل التجاري المرهون تبدأ مباشرة عملية توزيع ثمن المبيع لتسديد مجموع ما هو مترتب على الأصل التجاري، لذلك قدي تم اللجوء إلى الزيادة بنسبة السدس أو العشر من ثمن المبيع.

فحسبا المادة 94 من مدونة التجارة يجوز لكل دائن تتوافر فيه شروط معنية (أن يمارس داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ نشر ملخص عقد البيع — وأن يتم البيع رضائيا بحيث لا يمكن زيادة السدس في البيوعات القضائية والبيوعات التي تتم بالمزاد العلني)، أن يعرض شراء الأصل التجاري لنفسه بثمن يفوق الثمن الراسي عليه البيع بنسبة السدس على الأقل وذلك إذا كان الثمن المتفق عليه غير كاف لتسديد كافة الديون المتعلقة بالأصل التجاري المرهون.

وتضيف المادة 123 من مدونة التجارة على أنه من حق الدائنين المقيدين أن يطلبوا بيع الأصل التجاري المرهون بالمزاد العلني على أن يعرض رفع ثمنه الأصلي ما عدا المعدات والبضائع بمقدار العشر وأن يتقدم بكفالة لضمان أداء الثمن والتحملات وأن يثبت على أن له القدرة الكافية على التسديد.

كما يجب تحت طائلة سقوط الحق أن يبلغ هذا الطلب بعد توقيعه من طرف الدائن إلى المشتري والمدين المالك السابق للأصل التجاري وذلك داخل الثلاثين يوما من التبليغات السالفة مع استدعائهما أمام المحكمة التي يوجد فيها مقر الأصل قصد النظر عند قيام نزاع في صحة المزايد وقبول الكفيل أو قدرة المزايد على التسديد وكذلك الأمر ببيع الأصل بالمزاد العلني مع المعدات والبضائع التابعة له. وإلزام المشتري المزاد عليه بإطلاع كاتب الضبط على سنداته، ويترتب على طلب بيع الأصل التجاري بالمزاد العلني حسب المادة 124 من مدونة التجارة، أن يصبح المشتري حارسا بحكم القانون ابتداءا من تاريخ تبليغ المزاد، مع إمكانية استبداله لحارس آخر إذا اقتضى الأمر ذلك وبطلب من المحكمة أو قاضي المستعجلات حسب كل حالة على حدة.

وكما هو الشأن بالنسبة لزيادة السدس فإن زيادة العشر أيضا لا يقبل إلا إذا كان البيع رضائيا وليس قضائيا أو المزاد العلني.

فعند توزيع الثمن على الدائنين يتعين التمييز بين حالة عدم كفايته لسداد مجموع الديون، ففي هذه الحالة الأخيرة يجب التمييز بين حالتين.

الحالة الأولى: في حالة التراضي على توزيع الثمن وديا

حسب المادة 143 من مدونة التجارة يجب داخل خمسة أيام الموالية لإيداع الثمن بكتابة الضبط أو الجزء المستحق منه إذا كان الثمن لا يكفي للوفاء الكامل للدائنين، أن يرفع المشتري طلبا إلى رئيس المحكمة لكي يعين أحد القضاة للنظر في طلب توزيع الثمن ويقوم الرئيس باستدعاء الدائنين وذلك بتوجيه إعلانات إليهم كل في الموطن المختار في التقييدات وذلك بقصد التراضي حول توزيع الثمن.

وتضيف المادة 144 من مدونة التجارة على أنه يعلن افتتاح إجراءات التوزيع للعموم داخل أجل عشرة أيام من تاريخ تبليغ الدائنين بإعلانين تفصل بينهما عشرة أيام في جريدة مخول لها نشر الإعلانات القانونية، وعلاوة عن ذلك يعلق إعلان لمدة عشرة أيام في لوحة خاصة بمقر المحكمة.

يجب عند توجيه الاستدعاء للحضور مراعاة أجل لا يقل عن خمسة عشر يوما بين تاريخ آخر إعلان واليوم المحدد للحضور أمام المحكمة.

وبعد حضور الأطراف واتفاقهم على توزيع الثمن، يحرر القاضي المنتدب محضرا بتوزيع الثمن بتسوية ودية ويأمر بتسليم قوائم الترتيب وتشطيب تقييدات الدائنين غير المرتبين.

الحالة الثانية: عدم الاتفاق على توزيع الثمن وديا

إذا لم يتفق الدائنون على توزيع الثمن وديا، يأمرهم القاضي المنتدب بأن يودعوا لدى كتابة ضبط تحت طائلة السقوط طلبهم بترتيب الدائنين مع الإدلاء بسنداتهم داخل الأجل الذي يحدد لهم.

وبعد انقضاء أجل التقديم وبعد الإطلاع على الوثائق المقدمة يعد القاضي المنتدب مشروعا للتوزيع، ويستدعي الدائنون وكل طرف معني برسالة مضمونة أو بإخطار يتم بالطرقة العادية للتبليغ لدراسته والاعتراض عليه عند الاقتضاء خلال الثلاثين يوما من يوم التوصل بالرسالة أو الإخطار (المادة 147 من مدونة

التجارة) يسقط حق الدائنين وباقي الأطراف المنذرين إذا لم يطلعوا على المشروع ولم يتعرضوا عليه قبل انقضاء الأجل السابق. تقدم الاعتراضات في حالة وجودها لجلسة المحكمة ويبت فيها ابتدائيا وانتهائيا حسب القواعد العادية للاختصاص.

وتضيف المادة 149 من مدونة التجارة على أنه في حالة إذا ما أصبح التوزيع النهائي قابلا للتنفيذ أمر القاضي بتسليم قوائم الترتيب للمعنيين بالأمر وبتشطيب تقييدات الدائنين غير المرتبين، حيث تدفع قيمة القوائم المذكور من صندوق المحكمة.

تخصم دائما وقبل كل شيء مصاريف التوزيع من المبالغ المخصصة له. وأخيرا تضيف المادة 150 من مدونة التجارة على أنه إذا كان الثمن مؤدى بأقساط فإن قوائم الترتيب تسلم مجزأة وتكتب جميع البيانات والتقييدات في الهامش كلما دفع القدر المعين في القوائم المجزأة[22].

خاتمة:

لقد عمد المشرع المغربي إلى تنظيم عقد الرهن التجاري خارج إطار عقد الرهن المنصوص عليه في ق.ل.ع، وذلك بوضع نصوص خاصة في مدونة التجارة من 106 إلى 121. والهدف من ذلك هو تبسيط إجراءات الرهن سواء أثناء عملية إبرام العقد أو أثناء تحقيقه، إلا أن الواقع العملي أبان عن غير ذلك.

---

22 – نود الإشارة إلى أنه في حالة التزاحم بين الدائنين المرتهنين وحسب المادة 110 من مدونة التجارة فإن الأسبقية تكون بحسب الأولوية في التسجيل بالسجل التجاري، وإذا كان التسجيل واقعا في يوم واحد تكون لهم نفس المرتبة.

وفي حالة التزاحم بين دائن مرتهن ومكري العقار فإن هذا لأخير يكون له الأسبقية (سنتين من وجيبة الكراء). الفقرة 2 من الفصل 1250 من قانون الالتزامات والعقود.

أما بالنسبة لبائع الأصل التجاري فإن امتيازه ذا أولوية عن جميع التقييدات وبأثر رجعي إلى يوم البيع بالنسبة لاقتضاء الثمن الذي له بذمة مشتري الأصل التجاري.

فبالنسبة لإبرام العقد من أجل الحصول على قرض تراجعت أهميته إذا لم تعد له تلك الفعالية التي هدف إليها المشرع من خلال تنظيمه لهذا العقد، فالبنوك من أجل قبول ضمان رهن الأصل التجاري للحصول على القروض أصبحت تطالب بالإضافة إلى ذلك إلى ضمانات إضافية سواء عينية (عقار) أو شخصية حتى تتفادى جميع المخاطر التي قد تهددها في الحصول على ديونها وقد ساهمت في هذه الوضعية مجموعة من العوامل أغلبها مرتبطة بعملية تحقيق الرهن.

فعند توقف المدين عن أداء ديونه، يطالب الدائنون ببيع الأصل التجاري قصد الحصول على ديونهم، لكن ما يحدث في غالب الأحيان أنه عند عرض الأصل التجاري للبيع لا يتقدم أي مشتري للمزايدة، وبديهي أن يحصل ذلك خصوصا وأن الأصل يكون قد فقد جميع مقوماته، فلولا وقوع التاجر في مشاكل لما توقف عن الدفع.

أن تأخر إجراءات المسطرة في التحقيق يترتب عنه فقدان الأصل التجاري لقيمته وعناصره الأساسية خاصة الزبناء المتعاملين معه، وتتراكم ديون كرائه، مما يجعل الأزمة تتفاحل بشكل يضر بمصالح المستفيدين من الرهن، ويستحيل بالتالي بيعه لكونه أصبح غير ذي قيمة ولا يقبل عليه التجار.

كما أن إفراغ المحل الذي يمارس فيه نشاط الأصل التجاري دون إعلام الدائنين المرتهنين قيد يمس بحقوق هذا الأخير بالرغم من أن مقتضيات المادة 112 من مدونة التجارة تشير بشكل واضح إلى ضرورة إعلام الدائنين المرتهنين قبل مباشرة دعوى الفسخ.

إن غاية المشرع المغربي من تبسيط الإجراءات المتعلقة برهن الأصل التجاري هو تشجيع للمؤسسات الائتمانية لقبول مثل هذا الضمان لتقديم القروض، وكذا تمكينها (أي الأبناك) باعتبارها المتعامل الأول برهن الأصل التجاري من استخلاص ديونها عن طريق المحكمة في أجل حد وجيز بالمقارنة مع المساطر الأخرى غير أنه في الواقع العملي فإن هذه المسطرة حسب تعبير ممثلي

هذه المؤسسات تستغرق عدة سنوات مما قد يفقد أو يفرغ النصوص القانونية التي وضعها المشرع من أي محتوى.

فما الغاية إذن من تنظيم عقد لا يتم العمل به لوحده بل لابد من ضمانات أخرى مقرونة به؟

و ما الهدف من التنصيص على هذا العقد ما دام أنه ليس وسيلة مضمونة للائتمان ومادام أن هذا الرهن قد يجعل المقدم عليه يمارس نشاطه في نوع من الارتباك والخوف من التنفيذ على أصله التجاري في كل وقت وحين مما قد يجعل من الأصل التجاري كقيمة اقتصادية استثمارية تفقد قيمتها كوسيلة للإنتاج والضمان عن طريق الرهن ولو أن الأمر يتعلق بعدم التخلي عن الحيازة.

جريمة الرشوة في القطاع الخاص

ذ. أشرف الصابري

باحث في الحقوق

كلية الحقوق السويسي

جامعة محمد الخامس الرباط

مقدمة :

يعتبر الفساد من الظواهر الاجتماعية التي تهدد أمن واستقرار المجتمعات وتطورها، بالنظر إلى ما ينجم عنه من غياب الثقة في المؤسسات، وما يؤدي إليه من إفراغ كل مخططات التنمية من محتواها نتيجة لتراجع سيادة القانون وصعوبة مواكبة التشريعات للمستجدات المتسارعة التي تعرفها مجتمعات الألفية الثالثة[1]، حيث يستفيد محترفو الفساد من التحولات التي يشهدها العالم من تطور تكنولوجي ومعلوماتي، وعولمة الأنظمة الاقتصادية، وتلاشي الحدود الجمركية بين الدول وما يؤدي إليه من ظهور جرائم مستحدثة.

1- فالفساد بهذه الصيغة لا يعتبر مسألة جديدة، غير أن العقد الحالي هو أول عقد يشهد بروز الفساد كقضية سياسية عالمية، فمنذ سنة 1992 تبنت المنظمات الدولية الحكومية منها وغير الحكومية هذه المسألة بحماس، وتبذل الأمم المتحدة ومنظمة الدول الأمريكية، وغرفة التجارة الدولية ومنظمة الشفافية العالمية الحديثة النشأة، المنتدى الاقتصادي العالمي، المنظمة الدولية للشرطة العالمية (الانتربول)، منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، التي يمكن أن تكون مبادراتها أكثر المبادرات المطروحة إثارة للأمل لأنها تباشر جهودا لا بأس بها لمعالجة المشكلة.

للتوسع أكثر راجع؛ كيمبرلي أن إليوت، "الفساد والاقتصاد العالمي"، ترجمة محمد جمال أمام، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى 2000، ص 5 وما بعدها.

ويعد الفساد المالي والإداري من المشكلات الأساسية التي أصبحت تواجه الحكومات في مختلف دول العالم[2]، وهو تحد واضح للتنمية. بالرغم من احتلالها مكانة متميزة في كل الجهود المبذولة، لا سيما أن تحقيق التنمية الاقتصادية بأبعادها الشاملة مرتبط أشد الارتباط بتحقيق التنمية الإدارية من منطلق أن الإدارة هي التي ترسم الاستراتيجيات وتسهر على تنفيذها.

لا شك في أن المناخ الذي يتسم بغياب الثقة في القوانين والمؤسسات المفعلة لها، وتفشي البيروقراطية لا يساهم إلا في تقويض كيان الدولة، كما يشجع على تكريس روح الانتقام داخل المجتمع، والإجهاز على روح المبادرة والاجتهاد لدى المواطن في مختلف مواقعه، ويعرقل أي تغيير أو إصلاح حقيقي على طريق بناء دولة الحق والقانون وتحقيق الديمقراطية وترسيخ مبدأ المساواة بين المواطنين[3].

ولعل الإخلال بواجبات الوظيفة العمومية تتجلى في عدة صور منها: الانحياز والوساطة، التلاعب والتهاون واستغلال النفوذ والاختلاس والرشوة ... وتعتبر هذه الأخيرة أهم هذه الصور، بل وأخطرها -إن صح التعبير- لأن الشخص الذي أسندت إليه المهام قانونا حينما يتقاضى مقابلا إضافيا من الأفراد مقابل عمل من أعمال وظيفته المجانية، يعتبر متاجرا في أعمال وظيفته ومستغلا لها قاصدا تحقيق منفعة شخصية وراء ذلك [4].

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن جريمة الرشوة في الأصل عرفت في دائرة الوظائف العمومية دون غيرها، وهذا لا يعني عدم وجودها في القطاع الخاص بل كانت قائمة بذاتها، بيد أن أغلب التشريعات الجنائية لم تعمل على تجريمها.

2- أمام استفحال ظاهرة الفساد المالي والإداري في كل دول العالم، فإنه لا علاقة لهذه الظاهرة بالتطور والتخلف كما كان يراج في السابق بقدر ما لها علاقة بأخلاقيات الوظيفة العمومية المستمدة من قواعد السلوك الأخلاقي في المجتمع المعني، إذ حسب تقارير البنك الدولي ومنظمة الشفافية العالمية، أن مظاهر الفساد لم تسلم منها الدول المتقدمة والنامية على حد سواء، ديكتاتورية كانت أو ديمقراطية، اشتراكية أو رأسمالية أو حتى ليبرالية.

3- أبو مسلم الحطاب، الوجيز في الجرائم المالية، دراسة تحليلية ونقدية في القانون المغربي والقانون المقارن، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة الطبع 2013، ص: 4.

4- Kadiri jaouad, quelque mesures susceptibles de préserver un contexte dépourvu de corruption au Maroc, REMALD, numéro double 66-67, janvier- avril 2006, p 46.

وأمام ازدياد أهمية القطاع الخاص في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتعاظم دوره في الاقتصاد الوطني والدولي القائم على التوجهات الليبرالية الحديثة، كان من الطبيعي أن يتدخل المشرع الجنائي منذ البداية بالتجريم[5].

على الرغم من وجود نصوص قانونية ومؤسسات عقابية، فإن جل المجتمعات فشلت في القضاء على هذه الظاهرة واحتوائها، وذلك لكثرة شيوعها بين المواطنين حتى صارت أصلا من أصول الحياة، باعتبارها آفة طبيعية، أو ضرورة اجتماعية حتمية بوجودها في كل المجتمعات[6]. وما زاد الوضع سوء بعد مطلع الألفية الثالثة هو ارتباط جريمة الرشوة كإحدى صور الفساد المالي والإداري بالجريمة المنظمة[7]، ما جعل من العلاج التشريعي في صيغته الكلاسيكية وسيلة غير كافية لمكافحتها، لذا وجب إعادة النظر فيها من أساسها بكل الوسائل الممكنة، وإزاء ذلك رد المنتظم الدولي على الوضع باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد[8].

بالنظر إلى ما تحمله هذه الاتفاقية في مقتضياتها من إجابات علمية وعملية رامية إلى منع الفساد بصورة أكفأ وأنجع، مع تعزيز النزاهة والمساءلة، والإدارية

5- تم تجريم رشوة الموظفين العموميين والمستخدمين والعمال والوكلاء سواء في قانون 24 أكتوبر 1965، أو في قانون 26 نوفمبر 1962، أو في ظهير قانون 6 أكتوبر 1972 المتعلق بإحداث محكمة العدل الخاصة الملغاة. و تجدر الإشارة إلى إن الحركة التشريعية في هذا الإطار عرفت مجموعة من التعديلات خاصة بعد المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وسيتم مناقشة ذلك في المحور الثاني من هذا البحث.

6- حسن صادق المرصفاوي، مجلة عالم الفكر، عدد 4، مجلد 7، بدون ذكر المطبعة وسنة الطبع، ص: 203.

7- حيث تنص المادة الثامنة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الموقعة بباليرمو سنة 2003 على أن: "تعتمد كل دولة طرف ما يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية: (أ) وعد موظف عمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو هيئة أخرى، لكي يقوم ذالك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما ضمن نطاق ممارسته مهامه الرسمية...".

8- تم اعتماد هذه الاتفاقية من لدن الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك في 31 أكتوبر 2003، وعرضت على توقيع الدول بموريدا بالمكسيك من 9 إلى 11 دجنبر وبعد ذلك بمقر الأمم المتحدة إلى غاية 9 دجنبر 2005.

السليمة للشؤون والممتلكات العمومية والخاصة، ودعم التعاون الدولي والمساعدة التقنية في منع ومكافحة الجريمة.

ولأن مطلب تخليق الحياة العامة أضحى مطلبا تتقاطع فيه النداءات المحلية والإقليمية والدولية الهادفة إلى توحيد الجهود لاحتواء ظاهرة الفساد، لم يتوان المغرب عن المصادقة على اتفاقية مكافحة الفساد[9]، مما انعكس على السياسة التشريعية خاصة الجنائية منها على وجه التحديد؛ حيث عرف التشريع المغربي – إلى جانب تجريم أفعال الفساد الكلاسيكية من اختلاس وغدر ورشوة، واستغلال نفوذ – توسيعا لدائرة جرائم الفساد المالي، وتتجلى مظاهر هذا التوسع في المعاقبة على أفعال الفساد الحديثة خاصة غسل الأموال الذي يعتبر جريمة في التشريع المغربي ولو ارتكبت خارج الوطن، وتضييق نطاق الحصانة والإجراءات الاستثنائية المتعلقة ببعض الفئات من موظفي الدولة فيما يتعلق بجرائم الفساد[10].

لقد ركزت اتفاقية الأمم المتحدة على ثلاثة مظاهر أساسية للفساد في القطاع الخاص وهي الرشوة والاختلاس وغسل العائدات الإجرامية. إلا أن ما يهمنا في هذا الموضوع، هو الوقوف عند جريمة الرشوة دون غيرها حتى لا نزيغ عن هدف الدراسة المتمثل في ما مدى توفيق المشرع المغربي في وضع نصوص قانونية تنسجم وروح التشريع الدولي في حماية القطاع الخاص من الرشوة؟

وكمحاولة لمعرفة موقف المشرع المغربي من جريمة الرشوة في القطاع الخاص مقارنة ببعض التشريعات الأخرى، وحتى نتمكن كذلك من الإجابة عن الإشكالية المطروحة وملامسة الموضوع من كل جوانبه، ارتأينا اعتماد خطة تقوم على تقسيم هذه المساهمة إلى ثلاثة محاور أساسية وفق الشكل التالي:

9- لقد صادق عليها المغرب كما تم نشرها بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.07.58 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007) بنشر اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة بنيويورك في 31 أكتوبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 5596، بتاريخ 17 يناير 2008.

10- أبو مسلم الحطاب، مرجع سابق، ص5.

المحور الأول: جريمة الرشوة في القطاع الخاص على ضوء اتفاقية مكافحة الفساد.

المحور الثاني: جريمة الرشوة في القطاع الخاص على ضوء التشريع الجنائي المغربي.

المحور الثالث: تقييم النصوص المغربية على ضوء بعض نماذج التشريع الجنائي المقارن.

المحور الأول: جريمة الرشوة في القطاع الخاص على ضوء اتفاقية مكافحة الفساد.

لم يعد قطاع الوظيفة العمومية وحده المستهدف بجرائم الرشوة، بقدر ما تطال موسسات القطاع الخاص أيضا. وتزداد هذه الجرائم أكثر تفشيا في الدول القائمة على اقتصاديات السوق التي تنشط اقتصادياتها ضمن قوانين المنافسة الحرة وحرية الأسعار، الشيء الذي جعل من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تنفرد بمجموعة من المقتضيات القانونية لإضفاء طابع التجريم (الفرع الثاني) نتيجة لأسباب ومبررات منطقية (الفرع الأول).

الفرع الأول: مبررات التجريم.

في غمرة الأحداث والتحولات الكبرى التي يعج بها عالم اليوم والتي لا تزداد معها جوانب الحياة المختلفة إلا تعقيدا، وتنامي المخاطر التي تهدد الإنسان والمجتمع[11] والتنمية الاقتصادية والاجتماعية، شهد الاقتصاد العالمي تحولات جذرية حملت في طياتها دلالة مهمة في اقتصادياتها، ولعل أبرز هذه التحولات ما

11- عبد الحفيظ بلقاضي، تقييد التدخل الجنائي بالحد الأدنى وحدود اعتباره مبدأ موجها للسياسة الجنائية المعاصرة، مجلة الحقوق، العدد 3، سنة 2006، ص 180.

ارتبط بالسير الحثيث نحو العولمة الاقتصادية[12]، هو ما دفع بالعديد من الدول إلى تبني برامج تصحيح هيكلي لدمج اقتصادياتها بالاقتصاد العالمي الجديد من جهة، وتجاوز أزمة القطاع العام المثقل بالبيروقراطية والفساد بالاعتماد على القطاع الخاص من جهة أخرى.

تأسيسا على ما سبق، فإن السير على نهج توجيهات البنك الدولي وصندوق النقد الدولي ومكتب الأمم المتحدة للتنمية، بتبني نظام الخوصصة[13] باعتباره جزء من عمليات الإصلاح الهيكلي في القطاع العام في البنيان الاقتصادي وإعادة تحديد دور الدولة والتخلي عن بعض الأنشطة للقطاع الخاص، مستهدفة بذلك الرفع من الكفاءة الاقتصادية وتجاوز عراقيل التنمية.

وعليه، فإن هذا التوجه منح للقطاع الخاص دورا مركزيا في الحياة الاقتصادية مقابل الانحسار التدريجي لدور القطاع الحكومي، وما كان في الماضي يقع تقليديا في نطاق صلاحيات القطاع العام، أصبح ينتقل على نحو متزايد إلى القطاع الخاص ملكية وإدارة[14].

12- يراد بها الاقتصاديات العالمية المفتوحة على بعضها وهي إيديلوجيا مفاهيم الليبرالية الجديدة، التي تدعو إلى تعميم الاقتصاد والتبادل الحر كنموذج مرجعي، وإلى قيم المنافسة والإنتاجية وتعد العالم بتحقيق الرفاهة، إلا أنه لا يوجد اتفاق عام في تحديد مفهوم العولمة، أو الإحاطة بها من الناحيتين النظرية والعلمية إذ أن مضامينها متداخلة بالعولمة السياسية والعولمة الثقافية (لتوسع أكثر راجع، ما هي العولمة، صادق جلال العظم، ورقة بحثية، مقدمة لمؤتمر المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، 1997، ص، 3، وما بعدها).

13- تعرف بالنظام الذي يقتضي من تقليص دور الدولة والرفع من دور الخواص في ظل النشاط الاقتصادي وحيازة وسائل الإنتاج أو أنها مجموعة من السياسات المتكاملة التي تستهدف الاعتماد الأكبر على آليات السوق والمنافسة الحرة وحرية الأسعار وإعادة تمركز القطاع الخاص من أجل تحقيق التنمية الشاملة والعدالة الاجتماعية وفق نظامين: الأول هو نظام التدرج أي الانتقال إلى الخوصصة على شكل دفعات متتالية مثل ما يحدث في المغرب ومصر وبلغاريا، والثاني هو نظام الصدمة أي الانتقال بالقطاع العام إلى القطاع الخاص بشكل تام في وقت واحد مثلما حدث في التشيك وروسيا.

للتوسع أكثر في ذلك راجع؛ عصام عبد الفتاح مطر، الفساد الإداري: ماهيته – أسبابه – مظاهره – الوثائق العالمية والوطنية المعنية بمكافحة الفساد مع دور الهيئات والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية في مواجهة الفساد، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2015، ص 275 وما بعدها.

14- منظمة الشفافية الدولية، كتاب المرجعية، نظام النزاهة العربي في مواجهة الفساد، المركز اللبناني للدراسات، الفصل الثاني عشر، الفساد في القطاع الخاص، ص، 142.

صحيح أن التركيز على المقاولات كإحدى تطبيقات القطاع الخاص يؤسس لسياسة جديدة مفادها ترشيد السياسة الاقتصادية أملا في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية أولا، ومكافحة الفساد ثانيا، من منطلق أنها تساهم في خفض نسبة البطالة، والاشتغال بمنطق جماعي يمنح للأفراد فكرة التضامن مما يشكل تهديدا "للوبيات" الفاسدة في المؤسسات العمومية. إلا أن هذا النهج حتى وإن كان مرغوبا فيه باعتباره نموذجا من نماذج الإصلاح فإن السير على تطبيقه أمر مرفوض، إذ يفتح المجال في مناسبات عدة لتكريس الفساد والتضييق على التنمية.

ولعل تبني نظام الخوصصة يعتبر سبيلا لتبادل المنافع بين الساسة ورجال الأعمال للإثراء على حساب المواطنين، من خلال فتح المجال أمام المقاولات والشركات المحلية والأجنبية التي سيكون لها أثر في تسلم قيم وأصول وطنية بناء على المحاباة والزبونية والرشاوى.

كما أن تنافس القطاع الخاص على المشاريع المحلية يجعله عرضة لتقديم الرشاوى للفوز بالصفقات[15]، ناهيك عن الصعوبة التي تعترض تحديد النظام القانوني الذي يؤطر أعمالها نتيجة لتحرر مؤسسات القطاع الخاص من قيود

15- على سبيل المثال فالخوصصة تشكل فرصا للفاسدين من داخل المؤسسات الحكومية لتقديم معلومة غير معلنة أو مبكرة مقابل الحصول على رشاوى أو منح معاملة خاصة للشركات الفاسدة التي تدفع لهم الرشاوى. حيث أن عملية التقييم يمكن أن يحتويها الفساد نتيجة لتعامل موظفين فاسدين في الداخل، أو مشرفين على التقييم من الخارج، تربطهم مصالح معينة مع الشركات سواء كانت محلية أو أجنبية، وفي أقصى الحدود أحيانا قد لا يحصل تقييم ولا مزاد، بل يتم فقط منح الامتياز للشركة الأكثر ارتباطا سياسيا وهناك مجموعة من الأمثلة التي سجلتها تقارير البنك الدولي من قبيل انسحاب مجموعة من المتقدمين إلى مناقصة شراء مؤسسة حكومية في إحدى مقاطعات دولة البرازيل بعد أن تبين لهم نية الرئيس "فرناندو كولوردي ميللو" بمنحها إلى أحد حلفائه المقربين إليه سياسيا، ونفس الشيء في اليونان بتقديم شركة إيطالية رشوة لرئيس الوزراء للحصول على معاملة خاصة في سعيها لشراء شركة الإسمنت الحكومية اليونانية، كما شهدت دول أخرى نفس المعاملات كالأرجنتين وبيرو ومصر وساحل العاج... لتوسع أكثر راجع في ذلك: سوزان روز أكرمان، "الفساد والحكم: الأسباب، العواقب، والإصلاح"، ترجمة فؤاد سروجي، مطبعة الأهلية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2003، ص 74 و75 و76.

الإدارة الحكومية فيما يتصل بالميزانية والمراقبة والمحاسبة[16]، ويجعلها متحكمة في الإنتاج والتسويق مما يمكن من احتكار خاص تباشرها مؤسسات القطاع الخاص بدل احتكار عام تسيره الدولة.

وإذا ما سلمنا أن بعض مظاهر المحاباة والمحسوبية والفساد قد انتقلت بشكل مباشر من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وذلك بتبني الدولة نظام التفويت وما استتبعه من انتقال هذه المظاهر إلى هذا القطاع قد أفرز نفس النهج في تكريس الفساد وأعاد إنتاج نفس المعيقات في مكافحته، مما حذا بالمنتظم الدولي إلى ضرورة إقرار قواعد قانونية خاصة لمثل هذه الحالات ضمانا لنزاهة القطاع الخاص وحسن سيره وتدبيره.

الفرع الثاني: نطاق التجريم

يعد التجريم إحدى آليات إضفاء أقصى مراتب الحماية التي يضفيها التشريع على نوع معين من المصالح التي تهم المجتمع وأفراده ومؤسساته، وذلك بحسب قيمة المصلحة الجديرة بالحماية الجنائية إذ تتم مراعاتها في التجريم.

وإذا كان الفساد سلوك يفتقر إلى ضوابط الشفافية والنزاهة يهدد القطاع العام والقطاع الخاص، فإن مقتضيات الاتفاقية الدولية خاصة تلك المتعلقة بالتجريم[17]، نجدها تنص في (المادة 21) على أن: "تنظر كل دولة طرف في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، عندما ترتكب عمدا أثناء مزاولة أنشطة اقتصادية أو مالية أو تجارية:

16- محمود حلمي، النظام القانوني للقطاعين الخاص والعام في المجتمع الاشتراكي، مجلة العلوم الإدارية، تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة السابعة، العدد الثاني، ص 24.

17 – نجد هذا الشق من اتفاقية مكافحة الفساد ينقسم إلى قسمين رئيسيين: الأول يفرض على دول الأطراف بالتجريم الإلزامي من قبيل اختلاس الممتلكات أو تبديدها أو تسريبها بشكل آخر من قبل موظف عمومي، وغسل العائدات الإجرامية وإعاقة سير العدالة أثناء البحث والتحقيق في جرائم الفساد وما يتعلق كذلك بالفقرة الأولى من المادة 16.و الثاني يقضي بأن تنظر دول الأطراف في إمكانية تجريم أفعال إضافية كتلك المتعلقة بالمتاجرة بالنفوذ واختلاس الممتلكات في القطاع الخاص، إخفاء الممتلكات المتأتية من الأفعال المجرمة في الاتفاقية، وما يرتبط بالفقرة الثانية من المادة 16.

(أ) وعد أي شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص، أو يعمل لديه بأي صفة، بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الشخص نفسه أو لصالح شخص آخر، لكي يقوم ذلك الشخص بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما، مما يشكل إخلالا بواجباته؛

(ب) التماس أي شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص، أو يعمل لديه بأي صفة أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة، سواء لصالح الشخص نفسه أو لصالح شخص آخر، لكي يقوم ذلك الشخص بفعل ما، مما يشكل إخلالا بواجباته".

وانطلاقا من مقتضيات هذه المادة يتبين أنها جرمت الرشوة في القطاع الخاص شأنه في ذلك شأن القطاع العام[18]. والرشوة وفق هذه المادة تقتضي وجود شخصين كي يساهم نشاط أحدهما مع وجود الآخر أو نشاطهما معا لوقوعها، وهما: المرتشي؛ وهو أي شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص أو يعمل لديه بأية صفة، والراشي؛ وهو صاحب الحاجة الذي يعرض أو يقدم عطية أو منفعة أو وعدا لغرض حمل من يدير الكيان أو يعمل لديه أن يودي عملا من الأعمال المسندة إليه.

وبهذه الصيغة نكون أمام جريمتين؛ جريمة الراشي والمرتشي فكل واحدة مستقلة بذاتها ومنفصلة عن الأخرى[19]، وعليه نجد الفقرة (أ) تشير إلى كل من

18 - نصّت المادة 15 على ما يلي: "تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، عندما ترتكب عمدا:

(أ) وعد موظف عمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية؛

(ب) التماس موظف عمومي أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية".

19- وهناك من لا يقر بهذا التوجه حيث يرفض استقلالية جريمة الراشي عن جريمة المرتشي، ويعتبر الرشوة جريمة تامة واحدة يرتكبها الموظف أو من في حكمه كفاعل أصلي و صاحب الحاجة ==

وعد أو قدم أو عرض أي مزية غير مستحقة أو منحه إياها لصالح الشخص الذي يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص أو يعمل لديه، يكون مرتكبا لجريمة الرشوة في جانبها السلبي (الارتشاء)، في حين نجد الفقرة (ب) تخاطب كل شخص يدير كيانا تابعا لنفس القطاع أو يعمل لديه بالتماسه أو قبوله تلك المزية غير المستحقة ليقوم بفعل ما، يعد مرتكبا لجريمة الرشوة في جانبها الايجابي (الارتشاء).

ويتضح من ذلك أنه لا فرق بين العرض والطلب كصور لجريمة الرشوة في القطاع الخاص على ما هو عليه في القطاع العام ، وذلك من خلال استعمال نفس الألفاظ ونفس العبارات مع اختلاف بسيط من حيث صفة الفاعل إذ نجد استعمال عبارة "الموظف العمومي" ومن في حكمه وطنيا كان أو أجنبيا[20] في القطاع العام وذلك وفق ما تقتضيه (المادة الثانية) من الاتفاقية، بينما يستعمل عبارة: "من يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص أو يعمل لديه" ويستفاد منها كل عامل أو مستخدم في القطاع الخاص، وهذا الأمر منطقي، لأن الخدمات المقدمة في نطاق الوظيفة العمومية تختلف عن الخدمات المقدمة في إطار عقود الشغل في القطاع الخاص[21]، سواء من حيث المصلحة التي تهدف إلى تحقيقها أو النظام القانوني الذي تخضع له. وما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار هو أن استعمال المشرع الدولي لعبارتي من "يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص" أو "يعمل لديه" لم تنصرف نيته إلى التمييز بينهما من حيث الصفة أو الدرجة أو طبيعة العمل بقدر

--- فهو شريك له بالتحريض أو بالاتفاق لأن جوهر الرشوة هو استغلال الوظيفة أو المهام المسندة إليه. للتوسع أكثر في هذا الإطار راجع؛ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات الخاص، القاهرة، طبعة 1972، ص 18 و19.

20- حيث عملت اتفاقية مكافحة الفساد على تجريم رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات العمومية الدولية العمومية وفق مقتضيات (المادة 16).

21- لكن هذا لا يمنع بعض المؤسسات العمومية التي تسعى إلى تحقيق المنفعة العامة بالتعاقد مؤسسات القطاع الخاص أو مع المستخدمين أنفسهم لتنفيذ بعض الأشغال العمومية والمشاريع، ما سيشكل لبسا في تحديد الصفة، وهذا ما سنعمل على مناقشته في المحور الثاني عند الحديث عن الشرط المفترض لتطبيق نص التجريم في التشريع الجنائي المغربي لأن الاتفاقية نفسها فتحت المجال في إعمال هذه الصفة وفق القوانين الداخلية لكل دولة على حدا.

ما كان يهدف إلى إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية الخاصة في جرائم الرشوة[22]، مادام من يدير المؤسسة قد يكون رئيسا أو مسيرا لها يباشر التصرفات باسم الشركة ولحسابها الخاص، ومن يربطه عقد عمل يشتغل تحت وصايته.

ولا شك أن اتفاقية الأمم المتحدة أقرت التدابير الوقائية – إلى جانب التجريم — حتى يتسم نطاق تطبيقها بالشمولية على نحو يكفل تطبيق الأحكام الواردة بها على كافة مراحل ومستويات مكافحة جرائم الفساد في القطاع الخاص سواء كان ذلك قبل ارتكابها أو بعد وقوعها.

ولن يتأتى ذلك إلا بتعزيز معايير المحاسبة ومراجعتها ووضع مدونات السلوك، ومنع تضارب المصالح، مع إمكانية التعاون بين السلطات الوطنية المكلفة بالتحقيق والمتابعة من جهة والمؤسسات المالية فيما يتصل بجرائم الفساد من جهة أخرى[23].

المحور الثاني: جريمة الرشوة في القطاع الخاص على ضوء التشريع الجنائي المغربي

لا تقوم جريمة الرشوة في القطاع الخاص إلا بتوافر مجموعة من الأركان (الفرع الأول) وكل جريمة بعد وقوعها يتطلب تتريل العقوبة المقررة قانونا على مرتكبها (الفرع الثاني).

22- تنص (المادة 26) من الاتفاقية على أن: "تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تتسق مع مبادئها القانونية لتقرير مسؤولية الشخصيات الاعتبارية عن المشاركة في الأفعال المجرمة وفق لهذه الاتفاقية.

أ) رهنا بالمبادئ القانونية للدولة الطرف يجوز أن تكون مسؤولية الشخصيات الاعتبارية جنائية أو مدنية أو إدارية.

ب) لا تمس تلك المسؤولية بالمسؤولية الجنائية للشخصيات الطبيعية التي ارتكبت الجرائم.

ج) تكفل كل دولة طرف، على وجه الخصوص إخضاع الشخصيات الاعتبارية التي تلقى عليها المسؤولية وفقا لهذه المادة لعقوبات جنائية أو غير جنائية فعالة ومتناسبة ورادعة بما فيها العقوبات النقدية.

23- راجع المواد 12 — 13 — 14 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

الفرع الأول: أركان جريمة الرشوة في القطاع الخاص.

تعتبر جريمة الرشوة من جرائم الصفة (أولا) وتتطلب لقيامها ركنا ماديا (ثانيا) وركنا معنويا (ثالثا).

أولا: صفة الفاعل.

الرشوة في القطاع الخاص تختلف عن القطاع العام من حيث صفة الفاعل لأنها لا تتطلب مقومات معينة بل إن أي عامل أو مستخدم يمكنه أن يرتكب الجريمة مهما كانت درجته أو مكانته[24].

من أجل ذلك يتعين لقيام هذه الجريمة أن تتوفر صفة خاصة في مرتكبها و هي أن يكون مستخدما في مقاولة أو مؤسسة من مؤسسات القطاع الخاص التي تسعى إلى تحقيق الربح[25]، وعند تحديد المشرع المغربي للصفة التي يتطلبها القانون في الأشخاص الذين يمكن مساءلتهم في جريمة الرشوة، نجده يحصرها في كل من الموظفين العموميين وكل من يتولى مركزا نيابيا وكل المستخدمين في المؤسسات العمومية أو المؤسسات التي تهدف إلى تحقيق النفع العام، مستثنيا المستخدم أو العامل بالرغم من التوسع في تحديد مدلول الموظف العمومي في القانون الجنائي عن مفهومه في القانون الإداري[26]. و حتى لا يلبس القاضي الزجري صفة

24- فاديا بيضون، الفساد؛ أبرز الجرائم الآثار وسبل المعالجة، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، 2013، ص 94.

25- كذلك الدولة أحيانا تنشئ مؤسسات تجارية وصناعية تهدف أساسا إلى تحقيق الربح ولا تعتبر من مؤسسات القطاع الخاص بشكل صرف، وعامل الربح ليس هو الهدف الأساسي من إنشائها بل يأتي بصورة تبعية، فالأسباب الحقيقية هي تأمين بعض الحاجات الضرورية والملحة للأفراد وإبعادها عن تلاعب المضاربين. أحمد أجويد، جريمة رشوة الموظف العمومي في التشريع المغربي، دار النشر الحديثة، الطبعة الأولى 1983، ص 92.

26- يعرف ظهير 24 فبراير 1958 الذي يشكل النظام الأساسي للوظيفة العمومية في مادته الثانية على أنه: "يعد موظفا عموميا كل شخص يعين في وظيفة قارة ويرسم في إحدى رتب السلم الخاص بأسلاك الإدارة التابعة للدولة". --

الموظف العمومي للأغلبية أو كل من يمارسون عملا تابعا للمؤسسات الخاصة التي يمكن تكييف نشاطها بأنه نشاط ذو نفع عام دون المؤسسات الخاصة التي تسعى إلى تحقيق الربح، فإن المشرع استدرك ذلك حينما عبر عن الجميع في الفصلين 248 و249 بعبارة "يعد مرتكبا لجريمة الرشوة" وهو ما يوحي بأن الجميع على صعيد واحد في وصف الفاعل بالموظف العمومي[27].

وعليه، فإن جريمة الرشوة في الأصل مرتبطة بالموظف العمومي على النحو الذي أشار إليه الفصل 224 من القانون الجنائي، بيد أن المشرع ألحق به العمال والمستخدمين والموكلين والخبراء والمحكمين، مثلما ألحق به الأطباء والجراحين وأطباء الأسنان والمولدات متى باشروا أعمالهم استقلالا في مقاولات خاصة. ومن ثم يكون المشرع قد جرم بشكل صريح الرشوة في القطاع الخاص في الفصل 249 بالتوازي مع الفصل 248[28]. لتحديد الصفة كشرط المتابعة عن جرائم الرشوة في القطاع الخاص وفق الشكل التالي:

--- ويعرف الفصل 224 من القانون الجنائي الموظف العمومي بأنه: "يعد موظفا عموميا في أحكام التشريع الجنائي، كل شخص كيفا ما كانت صفته، يعهد إليها في حدود معينة بمباشرة وظيفة أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر ويساهم بذلك في خدمة الدولة أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية أو المؤسسات العمومية أو مصلحة ذات النفع العام.

وتراعي صفة الموظف في وقت ارتكاب الجريمة ومع ذلك فإن الصفة تعتبر باقية له بعد انتهاء خدمته إذا كانت هي التي سهلت له ارتكاب الجريمة أو مكنته من تنفيذها".

27- مع أن بعض منهم لا علاقة لهم بهذا الوصف وعوقبوا بجريمة الرشوة ولذلك كان يتعين على المشرع أن يعبر عنهم بكلمة "يعتبر" بدل "يعد" التي تفيد الاتحاد في الوصف وفي الحكم، وإن كان كل من العبارتين يحقق المراد منهما، وهو حماية المصلحة التامة من أضرار الرشوة ... راجع أبو مسلم الحطاب مرجع سابق، ص 43.

28- الأصل إن تجريم الرشوة في مجال القطاع الخاص تنفرد به المادة 249 من القانون الجنائي، وذلك حينما نصت على أنه: "يعد مرتكبا لجريمة الرشوة كل عامل أو مستخدم أو موكل بأجر أو بأي مقابل من أي نوع كان طلب أو قبل عرضا أو وعدا، أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو عمولة أو خصما أو مكافأة، مباشرة أو عن طريق وسيط دون موافقة مخدومه ودون علمه ..."، إلا أن هذا الفصل وحده لا يكفي ما دام الفصل 248 أقر في الفقرة الرابعة بشكل صريح فئة من الأشخاص من قبيل الأطباء والجراحون المولدات.

أ. الأطباء والجراحون وأطباء الأسنان والمولدات.

انطلاقا من الفقرة الرابعة من الفصل 248 من القانون الجنائي التي نجدها تشير إلى الأطباء والجراحين وأطباء الأسنان والمولدات، فلا شك أن المشرع لا يقصد بها تلك الفئة التي تشتغل في القطاع العام؛ لأن هؤلاء ينطبق عليهم مفهوم الموظف العمومي، وإنما تنصرف نيته إلى تلك الفئة التي تشتغل في القطاع الخاص ليضفي عليهم تلك الصفة التي يتطلبها القانون للمساءلة متى ارتكبت جريمة الرشوة، وذلك يجد سنده فيما تسعى إليه المصحات الخاصة من تحقيق الربح رغم ما يصاحب خدماتها من غايات إنسانية واجتماعية نبيلة، مما فرض على المشرع أن يصنف أنشطتها ضمن الأنشطة التي تكسب للقائم بها صفة تاجر وفق مقتضيات مدونة التجارة[29].

ب. العمال والمستخدمون والموكلون بأجر أو بمقابل.

يقصد بالمستخدمين والعمال والموكلون كل شخص يشتغل في شركة أو مقاولة أو مشروع، يملكه شخص طبيعي أو معنوي، وتربطه به علاقة تبعية، دائمة أو مؤقتة نتيجة عقد شغل أو وكالة، وفق مقتضيات مدونة الشغل[30]. ولما استعمل المشرع الجنائي في الفصل 249 عبارة كل عامل أو مستخدم قد أراد بها التعميم ليشمل معهم العمال الذين يعملون لدى الأفراد في المقاهي أو في المكاتب أو في العيادات متى طلبوا أو تسلموا هدية أو أية فائدة مقابل خدمتهم دون موافقة مخدومهم.

29- حيث تنص "الفقرة الرابعة عشر" من "المادة السادسة"من مدونة التجارة على أن من يباشر بصفة اعتيادية أو احترافية عمل التزويد بالمواد والخدمات يكتسب صفة تاجر.

30- تنص المادة السادسة من مدونة الشغل على أنه: "يعد أجيرا كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين لقاء أجر أيا كان نوعه وطريقة أدائه، ويعد مشغلا كل شخص طبيعي أو اعتباري ...".

ج. المحكمون والخبراء.

يعد هؤلاء موظفين عموميين بمفهوم الفصل 224 من القانون الجنائي لأنهم يؤدون خدمة عامة، وارتأى المشرع أيضا أن يخضعهم بنص صريح[31] لما لدورهم من أهمية بالغة فالمحكمين والخبراء يقومون بأعمال من صميم عمل القضاء، عن طريق تقديم آراء فنية بحتة للقضاة بغية مساعدتهم تمهيدا للأحكام التي يصدرونها وفق مقتضيات المسطرة المدنية[32]. إلا أن هؤلاء قد يزداد دورهم – وهم يباشرون أعمالهم غير تلك المسندة إليهم من المؤسسة القضائية والإدارية – خصوصا في المرحلة الراهنة بما تعرفه من ازدياد في وتيرة التجارة الدولية، حيث أصبحت العلاقة وطيدة بين التحكيم والاستثمار مما حذا بالمشرع المغربي إلى التعجيل بتجريم رشوة الخبراء والمحكمين أسوة بالأطباء والجراحون وأطباء الأسنان، ثم إصدار قانون 05.08[33] المتعلق بالتحكيم الداخلي والدولي خاصة وأن اتفاقية واشنطن اعتبرت الرشوة سببا من أسباب بطلان الحكم التحكيمي[34].

ثانيا: الركن المادي

يستخلص من روح الفصل 249 من القانون الجنائي على أن الركن المادي يتحقق بارتكاب نشاط إجرامي معين ينصرف إلى جني مغنم أو أجر مكسب

31- ينص البند الثاني من الفصل 248 من القانون الجنائي على أنه يعد مرتكبا لجريمة كل من أصدر قرارا أو أبدى رأي لمصلحة شخص أو ضده، وذلك بصفته حكما أو خبيرا عينته السلطة القضائية أو الإدارية أو اختاره الأطراف.

32- ينص الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف أو أحدهم تلقائيا أن يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو إجراء آخر من إجراءات التحقيق.

33- ظهير شريف رقم 1.07.169 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

32- حيث تنص المادة 52 من اتفاقية واشنطن المنظمة للتحكيم على أنه: "يجوز لكل من الطرفين أن يطلب كتابة إلى السكرتير العام إلغاء الحكم لأحد الأسباب الآتية: (أ) عيب في المحكمة، (ب) تجاوز المحكمة حدود سلطتها، (ج) رشوة أحد أعضائها...".

على حساب خدمات فرض القانون تقديمها مجانا[35]. وبما أن جريمة الرشوة في القطاع الخاص تقع على مقابل قد يكون ماديا وقد يكون معنويا، فإن قيامها لا يخرج عن بلوغ صور الركن المادي المتمثلة أساسا في الطلب أو القبول أو التسلم (أ) لهدية أو حمولة أو خصم أو مكافأة (ب) شريطة عدم موافقة صاحب العمل (ج).

أ. الطلب أو القبول أو التسلم.

تتحقق جريمة رشوة العامل أو المستخدم بالصيغة التي عبر عنها القانون وذلك بطلب أو قبول العرض أو الوعد أو تسلمه من طرف صاحب المصلحة.

ولا شك أن "الطلب" في هذه الحالة يكون تعبيرا صادرا عن إرادة منفردة، وهي إرادة المرتشي متجهة إلى صاحب المصلحة[36]، يهدف من ورائه إلى الحصول على وعد بفائدة أو الحصول عليها فعلا، فالعامل أو المستخدم هنا لا يعين ماهية المقابل أو مقداره وإنما يترك ذلك لصاحب الحاجة فهو يطلب منه أن يعرض عليه مثلا مبلغا ماليا، أو منفعة مادية أو معنوية أو أن يعده بذلك، على أن يبقى للراشي اختيار ماهيته ونوعه ومقداره وجنسه[37]. في حين إن "القبول" ينصرف إلى كل تعبير يصدر عن المستخدم أو العامل يدل على اتجاه إرادته إلى الموافقة على الوعد بالعطية والمصادقة على تلقيها مستقبلا نظير قيامه بعمل أو امتناعه عن العمل أو الإخلال بواجب من واجبات المهام المستندة إليه[38].

35- أحمد أجويد، جريمة الموظف العمومي في التشريع المغربي، دار النشر الحديثة، الطبعة الأولى 1983، ص 127.

36- أحمد أجويد، مرجع سابق ص 130.

37- أحمد الخمليشي، شرح القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، طبعة 1981، مطبعة النجاح الجديدة، ص 100 و101.

38- عصام عبد الفتاح مطر، جرائم الفساد الإداري: دراسة قانونية في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات الجنائية وقوانين مكافحة الفساد في الدول العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2015، ص 39.

على كل، فإذا كانت المبادرة صادرة من المرتشي في الحالة الأولى، فإن المبادرة في الحالة الثانية تأتي من قبل الراشي، حيث إن هذا الأخير يبدأ في تنفيذ أحد الأفعال المكونة لجريمة الرشوة ويأتي العامل أو المستخدم ليتم هذا التنفيذ بقبوله لها[39].

وعليه، فإن بين الطلب والقبول، يقتضي أحيانا "تسلم" الشيء الذي تم الاتفاق عليه بين الراشي والمرتشي، ويراد به حصول العامل أو المستخدم على الهبة أو العمولة أو الخصم أو المكافأة التي يسلمها له[40] صاحب المصلحة، مقابل عمله أو مقابل امتناعه عنه، وهذه هي الصورة الغالبة في جريمة الرشوة، لأن التسليم بهذه الصيغة يمكن المرتشي من قبول العرض أو الوعد وتزيل عنه خوف عدم تنفيذ الاتفاق القائم بينه وبين صاحب المصلحة وعدم وفائه بوعده.

ب. محل جريمة الرشوة.

يستفاد من الفصل المشار إليه أعلاه، أن كل من طلب أو تسلم هبة أو هدية أو عمولة أو خصما أو مكافأة، تتحقق به جريمة الرشوة، دون التقيد في شأنه بأي اسم أو صفة معينة، تجنبا للإفلات من العقاب.

39- في هذا الإطار لا يشترط لتحقيق الجريمة من جانب الراشي أن يكون قد عرض الرشوة على المستخدم بالقول أو بالكتابة صراحة، بل يكفي أن يكون قد قام بفعل العرض أو الإعطاء، ولو لم يلفظ أية كلمة، وفي هذه الحالة يكون الراشي (صاحب المصلحة) قد أخذ المبادرة، وتكون نيته رشوة المستخدم. كما لا يشترط أيضا لتمام الجريمة من جانب المرتشي (المستخدم أو العامل) أن يكون قبوله صريحا بل يصح أن يستنتج القبول من ظروف القضية، ويعود للقاضي أن يتحقق من الطريقة التي تم بها القبول، سواء كان ضمنيا أو كتابة أو إشارة، أو برد قولا. كما أنه يفترض كذلك إن يكون القبول صادرا عن إرادة حرة واعية وجدية ويجب أن يرد القبول قبل القيام بالعمل أو التعهد بالقيام ليس بعده حتى لا يفتح المجال للحديث عن المكافأة اللاحقة. راجع في ذلك فايدة قاسم بيضون، مرجع سابق الصفحة 112 وما بعدها.

40- تجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط أن يتم تسليم محل جريمة الرشوة مباشرة من الراشي للمرتشي، فقد يتم تسليمها عن طريق شخص حسن النية كلفه الراشي بذلك أو أن يكون سيئ النية يعلم الغرض من تسليمها، كما يستوي أن يأخذ المستخدم الرشوة بنفسه أو بواسطة غيره كزوجته وأحد أقاربه بعد العلم به وهذا ما أشار إليه المشرع بصريح النص في الفصل 249 من القانون الجنائي في الفقرة الثانية وذلك "...بتسلم هبة أو هدية أو خصم أو مكافأة مباشرة أو عن طريق وسيط ...".

صحيح أن المشرع بهذه الصياغة يهدف إلى اعتبار كل ما يمكن منحه للمستخدم يعتبر من قبيل الرشوة. لكن هل ما يسري على المنفعة المادية هو نفسه المنفعة المعنوية؟

أكيد أن الفائدة المادية أمثلتها عديدة لا تحصى، فقد تكون نقودا أو شيكات، أو سندات مالية أو مجوهرات أو هدايا عينية...، وبالعموم كل ما كانت له طبيعة مادية يمكن تقويمها بالنقود[41] ، على كل، فإن الفائدة التي يمكن أن يحصل عليها العامل أو المستخدم نظير أدائه للعمل أو الامتناع عنه، أراد لها المشرع ألا تكون معينة ومحددة حتى تشمل كل ما يشبع حاجة النفس أيا كان جنسها أو نوعها[42].

في حين إن الفائدة المعنوية على غرار مثيلتها المادية، تشمل كل ما لا يمكن تقويمه بالمال من قبيل ما يجنيه المستخدم أو العامل مثلا من توظيف أحد أقاربه أو السعي في ترقيته أو ترسيمه في وظيفة أو نقله، أو زواج صاحب الحاجة ببنت الموظف العانس كشرط لقضاء حاجته[43].

و عليه، فيصح أن تكون كذلك الملذات والمتع الشخصية مقابلا لجريمة الرشوة، بل هي أخبث أنواع العطايا وأكثرها شيوعا، لأنها تستخدم كأداة لإضعاف عزائم المدراء ورؤساء الشركات، وصناع القرار الذين لا يكترثون للمقابل المادي. وهكذا كان للنساء[44] والمخدرات والخمور وموائد القمار دور مهم في جرائم الرشوة في كل المجتمعات الإنسانية على مستوى العالم.

39- إبراهيم حامد طنطاوي، جرائم الاعتداء على الوظيفة – والمال العام – الرشوة والتربح – المكتبة القانونية، الطبعة الأولى 2000، ص 113.

42- كما لا يشترط أن تكون هذه الفائدة مشروعة في حد ذاتها فالموظف الذي يحصل على رشوة تتمثل مثلا في قطعة من المخدرات يسأل عن جريمة رشوة تامة على الرغم من أن ما حصل عليه مما لا يصح قانونا حيازته. راجع محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، طبعة 1972، ص 60.

43- أبو مسلم الحطاب، مرجع سابق، ص 53.

44 – قد أثير جدال فقهي حول المواقعة الجنسية، فهل يمكن اعتبارها من قبيل المنفعة المعنوية التي يحصل عليها الموظف؟ وكجواب على هذا السؤال ذهب جانب من الفقه الإيطالي بأن المستخدم الذي يواقع امرأة ليقضي لها حاجتها لا يجني من ذلك فائدة قابلة للتقييم من الناحية المادية حتى يقال ==

ج. عدم موافقة مخدومه

يعتبر شرط عدم موافقة صاحب العمل على المنفعة أو الاستفادة التي تمنح للمستخدم من الشروط الحاسمة في قيام جريمة الرشوة في القطاع الخاص، بيد انه إذا كان في علم المشغل بما حصل عليه العامل أو المستخدم ورضي بذلك فلا تتوافر في حق العامل جريمة الرشوة.

لكن جرت العادة في بعض المهن على أن يدفع زبناء بعض المؤسسات لعمالها مبلغا من المال مكافأة لهم على حسن قيامهم بالخدمة، هذا ما يسمى الحلوان أو "البقشيش" ، وعليه، فإنه لا تقوم علاقة تعاقدية بين من يؤدي هذا الحلوان ومن يأخذه، بمعنى أن هذا المبلغ الزهيد يحصل عليه العامل بمناسبة عمل يؤديه بمقتضى عقد العمل، دون أن تقوم رابطة عقدية بين من يدفع ومن يستفيد[45]. صحيح أنها عرف في كثير من المهن، غير أنه لا بد من التساؤل عن الحد الذي يمكن للقانون السماح في تلك المبالغ الزهيدة التي يمنحها الزبناء إلى العمال مقابل عمل ما؟

الجواب على هذا السؤال، يتطلب عدم الخلط بين ما إذا كانت هذه المبالغ قدمت على سبيل الإضرار بصاحب العمل، وبين تلك المقدمة برضا المخدوم استحسانا لعمل المستخدم. أي أن الرشوة تفترض أن يأخذ العامل مكافأة

-- أنه يعتبر بسببها مرتشيا، لا سيما وقد تعود عليه تلك المواقعة بضرر لا بفائدة كما لو أصابه من جرائها مرض تناسلي، وحتى إن تم اعتبارها فائدة من ناحية المتعة الجنسية فهي مشتركة بينهما معا، ما يجعلها لا تتحقق بها الفائدة المتفردة التي يستفيد منها جانب واحد؛ - وهو المستخدم - والتي يفهم من طبيعة الأمور أنها المقصودة في تحقيق معنى الرشوة، وخلص هذا التوجه بأن المواقعة لا تحقق الرشوة إلا إذا كانت قابلة لأن تقدر لها قيمة مادية كما لو حدثت من المستخدم أو عامل مع "مومس" أعفته من الثمن الذي كان عليه أن يدفعه نظير المتعة بها، وذلك مقابل أن يقضي لها حاجتها من المهام المسندة إليه. في حين ذهب جانب آخر إلى التسليم بأن المواقعة الجنسية تعد فائدة بالمعنى الذي يحقق الرشوة، لأن القانون جعل من الفائدة ركنا من في هذه الجريمة وترك النص عليها عاما بغير تحديد أو تخصيص. للتوسع أكثر راجع، رمسيس بهنام، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، منشأة المعارف الاسكندرية، ص 329.

45- فاديا قاسم بيضون، مرجع سابق، ص 116.

بهدف الإضرار برب العمل أو بمصالحه. وإثبات قيام العلم وتوافر الرضا قد يقدر أحيانا وخاصة إذا علم رب العمل به ولم يظهر احتجاجه عليه، ويجب أخذ العادة والعرف في هذا المجال بعين الاعتبار، بل الأبعد من ذلك ذهبت مجموعة من التشريعات إلى تنظيم وحماية الحلوان[46].

ثالثا: الركن المعنوي

لقيام أي جريمة لا بد من توافر الركن المعنوي حتى يمكن من تحديد طبيعتها القانونية، وما إذا كان ارتكابها عمدا أو خطأ. وجريمة الرشوة في القطاع الخاص أوجب القانون أن يكون القصد العام تتجه فيه إرادة الراشي إلى طلب أو قبول أو أخذ المقابل أداء العمل أو الامتناع عن العمل دون إذن صاحب العمل أو السماح له بها. وأن ينصرف القصد الخاص إلى نية الإضرار بصاحب العمل أو بصالح العمل.

عموما، قد يختلف القصد الجنائي إذا ثبت أن المستخدم كان يجهل الغرض من تقديم الفائدة، لذلك فإن لم يتوفر القصد العام فلا مجال للحديث عن القصد الخاص. ومن ثم فإن جريمة الرشوة في القطاع الخاص جريمة عمدية يتطلب فيها الركن المعنوي قيام القصد العام دون الخاص.

الفرع الثاني: عقوبة جريمة الرشوة في القطاع في الخاص.

الأصل أن جريمة الرشوة في القطاع الخاص تعتبر جنحة كما نص على ذلك المشرع المغربي في الفصل 249 من القانون الجنائي فأقر لها عقوبات أصلية (أولا) وعقوبات إضافية (ثانيا).

46- ومن بينها التشريع المغربي إذ نجد يقر في المادة 376 من مدونة الشغل ما يفيد على أنه يمنع على المشغل أن يستفيد من المبالغ المتحصل عليها يدا بيد برسم الحلوان.

أولا: العقوبات الأصلية

تعاقب جريمة الرشوة باعتبارها جنحة بعقوبات الحبس لمدة تتراوح بين سنة وثلاث سنوات وبغرامة من خمسة آلاف إلى خمسين ألف درهم.

ومن المقرر أن الجنحة إذا اقترنت بظرف من ظروف التشديد، فإنها تتغير نوعيا وتتحول من الجنحة إلى الجناية[47]. وفي هذا السياق لا شك أن جريمة الرشوة في صورتها العادية إذا ارتكبت مقترنة بأحد ظروف التشديد المقررة لها قانونا[48] تتغير طبيعتها، ويفترض أن يكون الغرض من الرشوة – على سبيل المثال – حمل المستخدم المرتشي على ارتكاب جناية كأن يقبل المستخدم بالهدية أو الفائدة، مقابل الاعتداء على حياة شخص ما بواسطة مواد من شأنها أن تسبب الموت عاجلا أو آجلا، وكيفما كانت الوسيلة التي استعملت بها تلك المواد وأيا كانت النتيجة، هلاكا أو نجاة[49] وعليه ربط حجم العقوبة بحجم الجريمة التي من أجلها وقعت الرشوة[50].

وبديهي أن هذه العقوبات الأصلية توقع على الفاعل الأصلي سواء كان راشيا أو مرتشيا، وكذلك الشركاء في الجريمة إن كان ثمة شركاء، وذلك تطبيقا

47- ينص الفصل 113 من القانون الجنائي على أنه: "يتغير نوع الجريمة إذا نص القانون على عقوبة متعلقة بنوع آخر من أنواع الجرائم لسبب ظروف التشديد".

48- ينص الفصل 252 من القانون الجنائي: "إذا كان الغرض من الرشوة أو استغلال النفوذ هو القيام بعمل يكون جناية في القانون فإن العقوبة المقررة لتلك الجناية تطبق على مرتكب الرشوة أو استغلال النفوذ".

49- أبو مسلم الحطاب، مرجع سابق ص 58.

50- فما دام الفصل 252 اشترط أن يكون الغرض من الرشوة هو القيام بعمل يكون جناية في القانون فإن الفصل 16 من القانون الجنائي يعتبر العقوبات الأصلية لا تخرج عن:

1- الإعدام؛
2- السجن المؤبد؛
3- السجن المؤقت من خمس سنوات إلى ثلاثين سنة؛
4- الإقامة الإجبارية؛
5- التجريد من الحقوق الوطنية.

للقواعد العامة في الاشتراك المنصوص عليها في القانون الجنائي. وتبقى الإشارة في الأخير إلى أن عقوبة الغرامة هنا عقوبة وجوبية لا يستطيع القاضي إعفاء المحكوم عليه منها، وإنما يحكم بها بجانب عقوبة الحبس.

ثانيا: العقوبات الإضافية.

فكما يعاقب على جريمة الرشوة بالعقوبات الأصلية، يعاقبون أيضا بعقوبات إضافية يمكن استخلاصها من الفصلين 255 و256 من القانون الجنائي.

إذا كان الفصل 255 يوحي على أنه لا يجوز مطلقا أن ترد إلى الراشي الأشياء التي قدمها ولا قيمة لها بل يجب أن يحكم بمصادرتها وتمليكها لخزينة الدولة، فإن المصادرة هنا كعقوبة إضافية لا تقتصر فقط على النقود وإنما تمتد لتشمل كل ما قدمه الراشي صاحب الحاجة كمقابل للحصول على المزية من السلطات العامة، وتخضع المصادرة للقواعد العامة كما حددها الفصل 45 من القانون الجنائي[51] . أما العقوبات الإضافية الأخرى التي يجوز الحكم بها وفق الفصل 256 وهي الحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 والتي عددها الفصل 26 من القانون الجنائي[52]. وتجدر الإشارة إلى أن الحكم بعقوبة من هذه العقوبات أو أكثر، يبقى أمرا جوازيا للقاضي فله أن يحكم به أو لا يحكم طبقا للظروف الموضوعية أو الشخصية لارتكاب الجريمة.

51- ينص الفصل 45 على أن: "المصادرة لا تمس إلا الأشياء المملوكة للمحكوم عليه بالاستثناء الأحوال المنصوص عليها في هذه المجموعة".

52- ينص الفصل 40 من القانون الجنائي: "يجوز للمحاكم، في الحالات التي يحددها القانون، إذا حكمت بعقوبة جنحية أن تحرم المحكوم عليه، لمدة تتراوح بين سنة وعشر سنوات من ممارسة حق أو عدة حقوق من الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية المنصوص عليها في الفصل 26".

وينص الفصل 26 على أنه" التجريد من الحقوق الوطنية يشمل:عزل المحكوم عليه من وطرده من الخدمات والإعمال العمومية، حرمان المحكوم عليه أن يكون ناخبا أو منتخبا وحرمانه بصفة عامة من سائر الحقوق الوطنية والسياسية ومن حق التحلي بأي وسام.... "

المحور الثالث: تقييم النصوص المغربية على ضوء بعض نماذج التشريع الجنائي المقارن.

يتضح من خلال ما سبق، أن جريمة الرشوة في واقع الأمر كانت ترتبط ارتباطا وثيقا بقطاع الوظيفة العمومية، لكن مع تراجع دور الدولة في ممارستها للأنشطة التجارية والمالية بتبني نظام الخوصصة، وازدياد أهمية القطاع الخاص في تحقيق التنمية الاقتصادية، كانت فرصة مناسبة لتنتقل هذه الجريمة إلى القطاع الخاص بنفس الوتيرة التي كانت عليه في مجال الوظيفة العمومية.

وإذا كان التجريم والعقاب يلعب دورا حاسما في تجسيد تدخل المشرع من أجل إضفاء طابع الحماية، فمن اللازم أن يعتمد على مجموعة من الآليات تساعده على إنجاح هذه المهمة حتى تنسجم مع توجهات السياسة الجنائية التي يعتزم تطبيقها.

بناء عليه، ورغبة من المشرع في تبني سياسة جنائية هدفها التخليق، سواء ما يتعلق بمكافحة الفساد أو بتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، يتعين عليه اختيار تقنيات قانونية تتسم بالدقة والوضوح حتى يتسنى لها ضمان النزاهة في القطاع الخاص.

ولعل المقتضيات الواردة في الفصل 249 من القانون الجنائي تجسد تدخل المشرع المغربي في تجريم الرشوة في القطاع الخاص، فهل يمكن المراهنة عليها لاحتواء هذه الجريمة ومكافحتها؟

انطلاقا من مقتضيات الفصل المشار إليه، ومن أجل ربط نص التجريم بكل ما تمت الإشارة إليه في التحليل خاصة في ما يتعلق بتحديد البنيان القانوني لجريمة الرشوة، يمكن أن نؤكد على حقيقة واحدة مفادها أن الفصل 249 جاء بعيدا كل البعد عما توصي به الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد، ويفتقر إلى الدقة، لذا سنعمل على توضيح بعض جوانب القصور التي يتضمنها هذا الفصل كما يلي:

أولا: الصفة.

إن المشرع بتحديده للصفة المشروطة بنص التجريم يحصرها في كل علاقة تعاقدية موكولة بأجر أو بمقابل كيف ما كان نوعها من قبل العمال والمستخدمين[53]، كذلك الأطباء والجراحون والمحكمين والخبراء متى باشروا أعمالهم باستقلالية في مصحات خاصة[54].

وعلى نهج المشرع المغربي نجد المشرع المصري جرم الرشوة في القطاع الخاص وفق مقتضيات الفصل 106[55]، فيشترط أن يكون الفاعل مستخدما في المشروعات الخاصة، والذي يقصد به كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إرادته وإشرافه[56].

والمشرع المصري بوضعه لهذا النص يستلزم أشخاصا – كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي – ليست لهم صفة الموظفين العموميين، لكن، تربطهم علاقة تعاقدية فردية أو جماعية بصاحب العمل سواء كان هذا الأخير شخصا طبيعيا أو معنويا.

فبهذه الصياغة لا شك أن المشرع المغربي – ومعه المصري - يخاطب كل شخص تربطه علاقة تعاقدية بينه وبين صاحب العمل، وهذا النوع من العلاقات

53- كما ينص على ذلك الفصل 249 من القانون الجنائي سبقت الإشارة إليه.

54- كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري الذي جرم رشوة الأطباء والجراحين والقوابل الذين يباشرون أعمالهم باستقلالية تامة، وذلك وفق مقتضيات المادة.222 من قانون العقوبات، لأنه لو كان يقصد بهم تلك الفئة التي تشتغل في أجهزة الحكومة ومصالحها لأدرجهم ضمن من شملتهم المادة 111 من قانون العقوبات، راجع في ذلك. محمد علي سكيكر، الوجيز في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، طبعة 2011، ص 15.

55- تنص على أنه: "كل مستخدم طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعدا أو عطية بغير علم مخدومه ورضائه لأداء عمل من الأعمال المكلف بها أو للامتناع عنه يعتبر مرتشيا ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين".

56- راجع في ذلك مقتضيات المادة الأولى من قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003.

المهنية والتعاقدية تجد سندها في المشروعات الفردية وبعض المهن الحرة التي تستهدف تحقيق الربح دون غيرها. كأني بالمشرع ينكر هذه الغاية على المقاولات المهنية والشركات التجارية كأشخاص معنوية خاصة، لذلك خاطب الأشخاص الذاتية فقط.

فمن غير المستساغ أن نقبل بهذه الصياغة لأن الأشخاص المعنوية الخاصة المتمثلة أساسا في الشركات والمقاولات هي الأولى بأن يتضمنها النص القانوني، ما دامت هي التي تنشط بشكل مضطرد في مجال الأعمال التجارية والمالية، ما يجعلها عرضة لدفع الرشاوى حتى تكسب الصفقات.

وهذا ما تنبه إليه التشريع الجزائري عند تجريمه للرشوة في القطاع الخاص لما أخذ في الحسبان أن هذه الجريمة كما يمكن ارتكابها من طرف شخص طبيعي، يمكن كذلك ارتكابها من قبل شخص معنوي، وذلك وفق مقتضيات الفصل 40[57] من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته[58].

ويبدو المشرع الجزائري سار على نهج اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، حيث إن المادة 40 من قانون مكافحة الفساد جاءت متطابقة مع المادة

57- حيث ينص الفصل على أنه:

1- يعاقب بالحبس من (6) ستة أشهر إلى (5) سنوات وبغرامة من 50.000 د ج إلى 500.000، كل شخص وعد أو عرض أو منح بشكل مباشر أو بغير مباشر، مزية غير مستحقة على أي شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص أو يعمل لديه بأية صفة كانت سواء لصالح الشخص نفسه أو لصالح شخص آخر، لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل ما مما يشكل إخلالا بواجباته.

2- كل شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص أو يعمل لديه بأية صفة، يطلب أو يقبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر، لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل ما مما يشكل إخلالا بواجباته.

58- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من مكافحة الفساد ومكافحته والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 14 ص 4. وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن دولة الجزائر صادقت على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد عن طريق مرسوم رئاسي 128/04 المؤرخ في 19 أبريل 2004، وتكون بذلك دولة الجزائر من بين الدول العربية السباقة إلى إصدار قانون خاص بمكافحة الفساد كما توصي بذلك الاتفاقية الدولية.

21 من الاتفاقية، مما يتيح مساءلة الشخص المعنوي والشخص الطبيعي متى ارتكبا جريمة الرشوة وهذا ما لم يتضمنه التشريعين المغربي والمصري[59].

وفي مقابل ذلك نجد المشرع الفرنسي يذهب أبعد من ذلك باختياره مبدأ التخصيص عند تحديده للصفة المتطلبة في جرائم الرشوة، إذ ذكر المخاطبين بها بصفتهم المهنية، وذلك وفق مقتضيات الفصل 445-1[60]، تحت عنوان القسم المتعلق بجريمة الرشوة الايجابية والسلبية (445-2) التي يرتكبها الأشخاص الذين لا يزاولون الوظيفة العمومية.

وعليه، فإن مقتضيات الفصل (445-1) المشار إليه تشترط لقيام جريمة الرشوة في القطاع الخاص أن يكون الشخص ممارسا لمهامه في إطار مهني أو احتماعي منتميا للقطاع الخاص، بوظيفة إدارة أو عمل سواء لحساب شخص

59- وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن دولة مصر صادقت على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ورغم ذلك لا يزال الإطار القانوني للجريمة في القطاع الخاص يقتصر فقط على المستخدمين في المشروعات الفردية، أما الفصل 106 مكرر (أ) يتحدث عن الأشخاص المعنوية التي يعترف لها القانون بالنفع العام أو تساهم الدولة في رأسمالها.

60 - art 445-1 « Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder à une personne visée au premier alinéa qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte visé audit alinéa, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles ».

معنوي أو طبيعي أو لحساب هيئة...، ويكون بذلك المشرع الفرنسي قد أقر بشكل صريح المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية والطبيعية على حد سواء.

وعلى هذا الأساس يمكن أن يُطبق هذا النص على كل شخص كيفما كانت صفته وظيفته، كرؤساء المصالح والمدراء التجاريين والمهنيين والمسؤولين الجمعويين. وهو نفس التوجه الذي سار عليه العمل القضائي الفرنسي[61]، الذي اعتبر كلا من المحامي، ومستخدمي مركز الدراسات والاتصالات المستقلة فرنسا تيليكوم (France Telecom)، ومسيري أشغال مقاولة خاصة تعنى ببناء المساكن الخصوصية، ومدير الأشغال في مقاولة للبناء والأشغال العمومية، مديري الوكالات البنكية والأطر البنكية، بمثابة مرتكبي جريمة الرشوة في القطاع الخاص.

ومما لا شك فيه أن المقتضيات التي اعتمدها المشرع الفرنسي – قبل أن تكون بهذه الصيغة – عرفت مجموعة من التعديلات[62] فيما يتعلق بجريمة الرشوة في القطاع الخاص، إلى أن جاءت الصفة المتطلبة في هذه الجريمة شاملة لكل الأشخاص الذين يشتغلون في هذا الأخير، مقرا بذلك ما لم يتقرر في الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد.

---

61 - un avocat **(Crim 07 mars 2012- 2010 /N 11- 84.178)**. un salarie du center d'étude des télécommunication dépendant de France télécom **(Crim 30 juin 2010/ N 09-83.689)**.un conducteur de travaux dune entreprise prive de construction de maisons individuelles **(Crim 19 mai 2010)**. un d'érecteur de travaux dune société de bâtiments et de travaux public **(Crim 25 octobre 2006/ N 04-81.502)**. directeur d'agence bancaire ou des cadres bancaire **(Crim 14mai 2008/ N 07-84.635)**. Regarde: JEANDIDIER W.(2014); *« Corruption et trafic d'influence »*, dans répertoire de droit pénal et de procédure pénale; p 311.

62- la corruption active d'agent privé a été introduite tardivement dons L'ancien code pénal par la loi du 16 février 1919. La corruption active d'agent prive généralement dénomme corruption de salaries ou d'employés des entreprise privé a été reprise par l'actuel code pénal. Initialement transféré par la loi N 92-1336du 16 décembre 1992, dite d'adaptation du nouveau code pénal, dans l'article. L.152-6 du code du travail (JEANDIDIER W.(2014); op, cit, P.305). Dans le même cadre, nous ajoutons la loi du 22 juillet 2003 et la loi 04 juillet 2005(AYED W. (2011); *« La lutte contre la corruption privée »*; In cahiers de droit de l'entreprise N° 05 septembre 2011, dossier 32.)

ولعل ما يبرر هذا التوجه هو استفادة المشرع الفرنسي من اتفاقية القانون الجنائي بشأن الفساد[63] وقرارات الاتحاد الأوروبي[64]، قبل المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة.

وبالفعل، فإذا كانت تقنيات التجريم التي اعتمدها المشرع المغربي في هذا الإطار تفتقر إلى الدقة والوضوح من جهة، وتفسح المجال لاستشراء الرشوة والإفلات من العقاب من جهة أخرى، فإنه – أي المشرع – تفطّن إلى ذلك خصوصا على إثر التعديلات التي شملت القانون الجنائي بعد مصادقة المغرب على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

وبناء عليه، نجد المشرع المغربي قد تدارك النقص الذي كان يتخلل الفصل 249 من خلال مسودة القانون الجنائي المطروحة للنقاش العمومي، وذلك بإبقائه على نفس النص المتضمن لجريمة الرشوة مع إحداث بعض التغييرات، فجرم رشوة الراشي في الفقرة الأولى وخصص الفقرة الثانية من نفس المادة لجريمة

63- **conseil de l'Europe, convocation pénal sur la corruption, série de traites européennes, N 173. Strasbourg,27 -01-1997**. (art 7- chaque partie adapte les mesures législative et autres qui se révèlent nécessaire pour ériger en infraction pénale conformément a son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, dons le cadre dune activité commercial, le fait de permettre d'offrir ou de donner directement , tout avantage indu a toute personne qui dirige au travaille pour une entité du secteur prive pour elle- même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoir)

(art 8 - chaque partie adapte les mesures législative et autres qui se révèlent nécessaire pour ériger en infraction pénale conformément a son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, dons le cadre dune activité commercial, de fait pour toute personne que dirige ou travaille pour une entité du secteur prive, de solliciter ou de recevoir, directement ou pour l'intermédiaire de tiers, un avantage indu ou den accepter l'offre ou la promesse, pour elle- même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoir).

64- A titre d'exemple, nous citons la décision- cadre du conseil de l'union européenne 2003/568/ Jai du 22 juillet 2003 « relative a la lute contre la corruption don le secteur prive », et réintègre le code pénal avec la loi N 2005- 750 du 4 juillet 2005 (art 3 « portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice »

المرتشي وسلك بهما نفس النهج الذي جاءت به المادة 21 من اتفاقية مكافحة الفساد، والفصل 40 من قانون مكافحة الفساد الجزائري، بإقراره لمسؤولية الشخص المعنوي والشخص الطبيعي في جرائم الرشوة المرتكبة في القطاع الخاص.

ثانيا: لحظة الارتشاء

الرشوة هي تقاضي العطية أو الوعد بها قبل أن يأتي بالفعل أو يمتنع عنه أو يتقاضى الفائدة أو يأخذ الوعد أثناء تأدية الفعل أو الامتناع عنه. ومنه يقتضي أن يكون هناك اتفاق سابق بين المستخدم وصاحب الحاجة على تسليم الفائدة موضوع الرشوة.

فالأصل أن تكون هذه الأخيرة قبل قيام المرتشي بتنفيذ الغرض منها، أو يأخذ الوعد بشأنها أثناء تأدية العمل، أو أن يتم الاتفاق على تسليمها مستقبلا. إلا أنه قد يحدث أحيانا أن يقوم المستخدم بواجبه المهني دون أي اتفاق سابق وبعد ذلك يتلقى مقابلا على ما قام به تجاه صاحب الحاجة؛ أي أن الفائدة قدمت له لاحقة، (بعد قيامه بالعمل أو امتناعه عنه) وهذه الفائدة هي المكافأة اللاحقة.

هذا، والتفرقة بين جريمة الرشوة والمكافأة اللاحقة تتحدد لحظة الطلب أو القبول أو الأخذ بالنسبة للحظة مباشرة المستخدم للمهام المسندة إليه، فالجريمة تكون رشوة إذا طلب المستخدم مقابلا أو صدر منه قبولا قبل أن يقوم بالعمل المختص أثناء قيامه به. وتكون مكافأة لاحقة إذا لم يتم الاتفاق بشأنها وتم تقديمها بعد الانتهاء من العمل أو الامتناع عليه.

ليس من شك في أن الحالة الأولى تكون الجريمة تامة لأنها مشمولة بنص التجريم، لكن في الحالة الثانية يتبدى أن كثير من النصوص الجنائية المجرمة لرشوة لم تشر إليها بشكل صريح[65]، ومن بينها الفصل 249 وكذلك نفس الفصل

65- أمام عدم وضوح الطبيعة القانونية للمكافأة اللاحقة ثار خلاف فقهي في شأنها، بحيث انقسم الفقهاء في ذلك إلى اتجاهين: فالأول، يرى أن المكافأة غير معاقب عليها بصريح النص ولا يمكن اعتبارها جريمة رشوة تقيدا بمبدأ الشرعية. في حين يرى الاتجاه الثاني بأن المكافأة اللاحقة معاقب عليها ويشملها النص القانوني ويخلص إلى أن ذلك يستنتج من روح عبارة المشرع التي تقول ==

المشار إليه في مسودة القانون الجنائي الذي اقتبس من المادة 21 من الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد، على عكس النص الفرنسي الذي أورد على أنه تعتبر جريمة الرشوة كلما التمس شخص معنوي أو طبيعي أو قبل بدون وجه حق وفي "أي وقت" بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، هدايا أو وعودا أو امتيازات[66]...

وعلى خلاف ما تقدم، نجد المشرع المصري جرم بشكل صريح المكافأة اللاحقة[67] واعتبرها جريمة مستقلة متى توفرت شروطها، إلا أن ما يؤخذ على هذا النص هو ضرورة توافر صفة الموظف العمومي أو من في حكمه إعمالا لأحكام المادة 111[68] من قانون العقوبات. وهذا ما لا ينطبق على رشوة

--- من "طلب أو قبل..." لأن المشرع استعمل هذه العبارة في صيغة المصدر والمصدر من الناحية اللغوية مجرد من الزمن. للتوسع أكثر راجع، أحمد أجوييد، مرجع سابق ص 160 وما بعدها.

66- art 445-1 « Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, **à tout moment**, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif….. » public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale

67- حيث ينص الفصل 105 من قانون العقوبات على أن: "كل موظف عمومي قبل من شخص أدي له عملا من أعمال وظيفته، أو امتنع عن أداء عمل من أعمالها أو أخل بواجباتها، هدية أو عطية بعد تمام ذلك العمل أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجبات وظيفته بقصد المكافأة على ذلك بغير اتفاق سابق يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن خمسمائة جنيه."

68- ينص على أنه، يعد في حكم الموظفين في تطبيق هذا الفصل:

1- المستخدمين في المصالح التابعة للحكومة أو الموضوعة تحت رقابتها؛

2- أعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية سواء أكانوا منتخبين أو معينين؛

3- المحكمون أو الخبراء ووكلاء النيابة والمصفون والحراس القضائيون؛

4- ألغيت؛

5- كل شخص مكلف بخدمة عمومية؛

6- أعضاء مجالس الإدارة ومديرو ومستخدمو المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة تساهم في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت.

المستخدمين في القطاع الخاص ما دام المشرع خصص لها فصل مستقل كما سبقت الإشارة إلى ذلك. ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري الذي أضاف – إلى جانب جريمة الرشوة – فصلا بمقتضى قانون مكافحة الفساد يجرم من خلاله تلقي الهدايا[69] التي تمنح للموظف ومن شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه.

ونعتقد أنه كان يستحسن على المشرعين المصري والجزائري أن يعتبرا المكافأة اللاحقة وتلقي الهدايا صورة من صور الركن المادي لجريمة الرشوة متى تحققت وأن لا يشترط فيها صفة الموظف، حتى يتسنى تطبيقهما سويا في القطاع العام والخاص.

وأمام عدم وضوح الطبيعة القانونية للمكافأة اللاحقة وما قد يترتب عنها من تشجيع المستخدمين على الرشوة، على المشرع المغربي الاقتداء بالنص الفرنسي حتى يضع حدا للجدل الفقهي في هذا الإطار، ويقر بشكل صريح على أن المكافأة اللاحقة جريمة قائمة بذاتها.

ويجب التنويه بمسألة أساسية التي جاء بها الفصل 249 ومعه الفصل 106 من قانون العقوبات المصري، وهي عدم موافقة صاحب العمل حيث إن هذا الشرط ترتبط به جريمة الرشوة وجودا وعدما في القطاع الخاص، فموافقة صاحب العمل عن المكافأة يفرغ هذه الجريمة من محتواها. ولا ندري لماذا حذفه المشرع من مادة المسودة ما دام هذا الشرط يعتبر أساسيا في المشروعات المهنية الفردية؟

ثالثا: العقوبات المقررة

الفصول 249 و255 و256 تشكل مجتمعة النظام العقابي الذي حدده المشرع لجريمة الرشوة في القطاع الخاص، لذلك يقر بعقوبات أصلية متمثلة في الحبس والغرامة، كما أقر إلى جانبها المصادرة، والحرمان من ممارسة حق أو

69- ينص الفصل 38 من قانون مكافحة الفساد الجزائري على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 د ج إلى 20.000 د ج كل موظف عمومي يقبل من شخص هدية أو مزية غير مستحقة ومن شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه ويعاقب الشخص مقدم الهدية بنفس العقوبة المذكورة أعلاه في الفقرة السابقة".

أكثر من الحقوق الوطنية والعائلية أو المدنية كعقوبات إضافية وجوبية في الأولى وجوازية في الحالة الثانية.

عند الاقتضاء فالحبس والغرامة، والمصادرة، وكذلك الحكم بالحرمان من ممارسة حق أو عدة حقوق...، عقوبات أقر القانون بتطبيقها على مرتكب جريمة الرشوة في القطاع الخاص، وبهذا التنوع – في تحديد ما يمكن الحكم به – يمكن القول إن المشرع أراد منه حماية القطاع الخاص وضمان نزاهته حتى يطبق القاضي العقوبة التي تناسب كل شخص ارتكب جريمة الرشوة، لكن الأمر على خلاف ذلك. فالعقوبة التي قررها المشرع لهذه الجريمة يمكن تطبيقها فقط على الأشخاص الطبيعية دون الأشخاص المعنوية من جهة، بالرغم من إمكانية الحكم بمنع الشخص المعنوي من مواصلة النشاط الاجتماعي ولو تحت اسم آخر وبإشراف مديرين أو مسيرين أو متصرفين آخرين المنصوص عليها في الفصل 47 من القانون الجنائي، فلا يجوز الحكم بها إطلاقا، لأن المشرع في تجريمه للرشوة خاطب الأشخاص الطبيعية دون المعنوية، وذلك وفق ما يقتضيه الفصل 249 من جهة أخرى. وهذا التناقض يجد تفسيره في عدم وضوح النظام القانوني لمساءلة الشخص المعنوي في التشريع الجنائي المغربي بشكل عام[70].

وأمام هذا القصور، رأينا أن المشرع عند اعتماده لمسودة مشروع القانون الجنائي – الفقرة الأولى والثانية من المادة 249 – خاطب الأشخاص المعنوية في جرائم الرشوة شأنها في ذلك شأن الأشخاص الطبيعية، لكن هل أقر إلى جانبها عقوبات تنسجم وخصوصيات الشخص المعنوي؟

للإجابة على السؤال، لا بد من الرجوع إلى مقتضيات الفصل 249 بالصيغة التي جاءت بها المسودة، إذ نجد المشرع ارتقى بجريمة الرشوة في القطاع الخاص من مصاف الجنحة إلى الجناية، وقرر لها كعقوبة أصلية السجن من خمس

70- وفي هذا الصدد لابد من التنويه بموقف المشرع الجزائري بإقراره لمسؤولية الأشخاص المعنوية وذلك من خلال ما يستفاد من الفصل المجرم للرشوة في القطاع الخاص، ويتضح ذلك أكثر من خلال مقتضيات الفصل 53 من قانون مكافحة الفساد حيث ينص على أنه: "يكون الشخص الاعتباري مسئولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفق القواعد القانونية المقررة في قانون العقوبات".

إلى عشر سنوات وغرامة مالية تتراوح ما بين 10.000 و100.000 درهم، كما قرر لها أيضا عقوبات إضافية وفق الفصل 256 الذي يحيلنا إلى الفصل 39-1[71]، وكذلك الفصل 255 من القانون الجنائي.

ومن خلال ما تقدم، يتبين أن المشرع وإن كان قد شدد في العقوبة المقررة لجرائم الرشوة المرتبطة بالقطاع الخاص، فإنه لم يأت بجديد من حيث نوعية العقوبة التي يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي المتورط في الرشوة، بالرغم من التنصيص على مسؤوليتها الجنائية، حيث نجده أبقى على نفس العقوبات الإضافية – فقط إلغاء الفصل 26 ونقل مقتضياته إلى المادة 39-1 – المومأ إليها أعلاه التي تفتح مجال تطبيقها على الأشخاص الطبيعية فقط، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري[72].

وإذا كانت العقوبات الإضافية توحي بأن طبيعتها تنسجم في تطبيقها مع الأشخاص الطبيعية، فإن المشرع من خلال هذه المسودة جاء بمجموعة من العقوبات الإضافية التي يمكن تطبيقها على الأشخاص المعنوية[73] ومن ثم فيمكن مساءلتها وفق القواعد العامة[74].

71- تنص المادة 39-1 من المسودة على أنه: "يشمل حرمان المحكوم عليه من ممارسة الحقوق المدنية:

1- عزله من جميع الوظائف العمومية أو فصله من كل الخدمات والأعمال العمومية.

2- حرمانه من أن يكون ناخبا أو منتخبا وحرمانه بصفة عامة من سائر الحقوق الوطنية والسياسية ومن حق التوسيم بأي وسام.

3- عدم أهليته للقيام بمهمة خبير أمام القضاء وأداء الشهادة في أي رسم من الرسوم العدلية أو الشهادة أمام القضاء إلا على سبيل الاستئناس.

4 – عدم أهليته لأن يكون وصيا أو مقدما على غير أولاده.

5- حرمانه من حق حمل السلاح ومن الخدمة في الجيش ومن ممارسة مهنة التعليم أو الإدارة أو العمل بمؤسسة تعليمية.

72- حيث إلى جانب العقوبة الأصلية أقر عقوبات تبعية والمنصوص عليها في الفصل 24 و25 من قانون العقوبات التي لا تخرج عن حرمان المحكوم عليه من بعض الحقوق والمزايا، إلا أن هذه العقوبات كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي لا يمكن تطبيقها إلا على الأشخاص الطبيعية دون الأشخاص المعنوية.

73- تنص المادة 36-1 من المسودة على أنه: "تطبق على الشخص الاعتباري واحدة أو أكثر من العقوبات الإضافية التالية:
--

عموما، فلئن أجاز المشرع مساءلة الشخص المعنوي المرتكب لجريمة الرشوة وفق القواعد العامة، فإنه كان متعينا إقرار بعقوبات تنسجم وطبيعتها – على الأقل – كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري[75]. لا أن يقتصر فقط على العقوبات المالية كما هو الشأن في الفصل 126[76] من القانون الجنائي ومحدودية العقوبات الإضافية المشار إليها خصوصا حينما يتعلق الأمر بجرائم الرشوة.

وتأسيسا على ما سبق، على المشرع المغربي أن يعيد النظر في العقوبات الإضافية التي يمكن الحكم بها على الأشخاص المعنوية وخصوصا بعد أن شملها النص القانوني المتعلق بجريمة الرشوة في القطاع الخاص وفق مقتضيات المسودة.

== 1- حل الشخص الاعتباري.

2- الإغلاق النهائي أو المؤقت للمؤسسة أو حجب الموقع الالكتروني الذي استغل في ارتكاب الجريمة.

3- المنع المؤقت أو النهائي من ممارسة نشاط مهني أو اجتماعي.

4- المصادرة للأموال والفوائد والمنح والأشياء والأدوات بصرف النظر عن المصادرة المقررة كتدبير وقائي.

5- المنع النهائي أو المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية.

6- المنع من الحصول على صيغ الشيكات وإصدارها.

7- المنع من لحصول على بطاقة الأداء البنكي واستخدامها.

8- نشر المقرر القضائي الصادر بالإدانة أو تعليقه أو إذاعته بكل الوسائل السمعية البصرية.

74- تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أنه اتضحت صورة مسؤولية الأشخاص الاعتبارية وفق مقتضيات المادة 132-1 من المسودة بعد أن كانت مشتتة بين القانون الجنائي والقوانين الخاصة.

75- ويتبدى ذلك من خلال مقتضيات قانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 دجنبر سنة 2006، المعدل والمتمم لقانون العقوبات، لا سيما الفصل 50 من قانون مكافحة الفساد الذي يحيل على الفصل 9 من قانون العقوبات بعد التعديل، إذ ينص على العقوبات التكميلية التي يمكن الحكم بها على الأشخاص المعنوية وذلك من قبيل إغلاق المؤسسة والإقصاء من الصفقات العمومية والمنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.

76- ينص على أن: "لا يمكن أن يحكم على الأشخاص إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 و6 و7 من الفصل 63، ويجوز أيضا أن يحكم عليها بالتدابير الوقائية العينية الواردة في الفصل 62.

ولا حرج في ذلك أن يكون التشريع المغربي منسجما مع التشريع الفرنسي، إذ نجد هذا الأخير يعد من بين التشريعات التي تميز بين العقوبات المقررة للأشخاص المعنوية عن مثيلتها للأشخاص الطبيعية ...

ولعل أهم العقوبات التي خصها المشرع الفرنسي للأشخاص المعنوية في جريمة الرشوة لا تخرج على سبيل المثال لا لحصر في منع الشخص المعنوي من ممارسة نشاط مهني أو اجتماعي، والإقصاء أو العزل من السوق العمومية لمدة خمس سنوات أو أكثر والمنع من تقديم طلبات العروض لمدة خمس سنوات[77].

77- Dans ce cadre, il nous partait judicieux de rappeler que l'article 131-39 par exemple annoncé:

«Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes:

1° La dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés;

2° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales;

3° Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire;

4° La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés;

5° L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus;

6° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé;

7° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement;

8° La peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21;

9° L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique;

10° La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise;

11° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal;

12° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs =

صفوة القول، لابد من التذكير على أن المشرع حسنا فعل في مقتضيات كثيرة جاءت بها المسودة فيما يرتبط بمكافحة الفساد في القطاع الخاص، لأنها وبدون شك تعد تصحيحا لمقتضيات الفصل 249 في صيغتها الحالية، لكن بالرغم من وجاهتها على المشرع أن يستدرك بعض الثغرات التي تمت الإشارة إليها، خاصة وأن جريمة الرشوة في القطاع الخاص لا زالت ترتبط ارتباطا وثيقا بجريمة الرشوة في القطاع العام؛ ويستفاد ذلك من خلال تضمينهما معا في الباب الثالث من القانون الجنائي تحت عنوان: "في الجنايات والجنح التي يرتكبها الموظفون ضد النظام العام" إضافة إلى إشراكهما معا في مجموعة من الأحكام من قبيل العقوبات الإضافية وظروف التشديد مثلا...، ومنه فالمشرع يساوي بين الموظف والعامل والمستخدم، فالأول يكون حائزا للسلطة وتتصرف نيابة عن الدولة والثاني تربطه بالمقاولة أو الشركة علاقة مهنية فلا يتحدان لا في الصفة ولا في العمل.

═ groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public.

La peine complémentaire de confiscation est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse.

Les peines définies aux 1° et 3° ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1° n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel»

مجلة قضاء محكمة النقض

فهرس القرارات

الجزء الأول:

قرارات الغرفة المدنية

التبويب	عناصر	رقم القرار	تاريخ القرار	مراجع الملف	صفحة
شفعة عقار محفظ	- أجل سقوطها.	438	2016/10/25	2015/1/1/3904	13
صفة إرثية	- ثبوتها ولو قبل تسجيل الإراثة في الرسم العقاري.	457	2016/07/12	2015/2/1/2310	16
رهن حيازي	- خيار الدائن الوارد في المادة 156 من مدونة الحقوق العينية.	567	2016/10/11	2015/2/1/4521	18
قاضي المستعجلات	- طرد محتل لعقار محفظ - شروط اختصاصه.	238	2016/03/29	2015/3/1/5457	22

الجزء الثاني:
قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث

التبويب	عناصر	رقم القرار	تاريخ القرار	مراجع الملف	صفحة
بطلان إراثة	- منازعة في نسب الأبناء خلال المرحلة الاستئنافية - وجوب القيام بوسائل التحقيق المفيدة للبت في ذلك.	185	2016/02/23	2015/1/2/110	55
عقد الهبة	- تقييده بالرسم العقاري - تضمين العقد لشرط حيازة العقار بعد وفاة الواهب - أثره.	164	2016/2/16	2015/1/2/46	59
سكن المحضون	- تخصيصه بعيدا عن موطن الحاضنة - مراعاة المصلحة الفضلى للمحضون.	190	2016/2/23	2015/1/2/548	64
عقد صدقة	- عدم إخلاء المتصدق للسكن المتصدق به - بطلانه.	343	2016/4/19	2015/2/2/971	68
دعوى الاستحقاق	- المجيب بالحوز لا يكلف بشيء إلا إذا أدلى القائم بحجة تامة.	374	2016/4/26	2015/2/2/116	72

الجزء الثالث:
قرارات الغرفة التجارية

الجزء الرابع:
قرارات الغرفة الإدارية

الجزء الخامس:
قرارات الغرفة الاجتماعية

الجزء السادس:
قرارات الغرفة الجنائية

مذكرة بحث	– طلب إلغائها – اختصاص النيابة العامة.	1557	2016/12/28	2016/1/6/15445	199
مسطرة تسليم المجرمين	– جريمة التفالس – عدم اتسامها بأي طابع سياسي.	397	2016/03/23	2015/3/6/21179	204
خطأ المؤاجر أو أحد مأموريه	– الأساس القانوني لتقديره.	1229	2016/12/28	-45 2016/5/6/10342	212

فهرس الدراسات

فريق عمل قسم التوثيق والدراسات والبحث العلمي بمحكمة النقض مرصد الاجتهاد القضائي	
الرئيس	الدكتور حسن فتوخ
الأطر	رشيدة الدقاقي – خديجة أوسليمان – محمد العلاوي
البريد العادي	محكمة النقض – شارع النخيل – حي الرياض – الرباط (المغرب)
البريد الالكتروني	Rev.cour.cassation@gmail.com
الموقع الإلكتروني	www.courdecassation.ma
الهاتف	0537.28.70.28
الفاكس	0537.71.78.20

· Annexes documentaires ·

Fiche documentaire

Fiche documentaire analytique

Nature du Document :

Le document analysé est un numéro de revue juridique spécialisée, spécifiquement le numéro 82 de la revue "Qada'a Mahkamat An-Naqd" (Jurisprudence de la Cour de Cassation). Il s'agit d'une publication périodique émanant d'une institution judiciaire suprême, dédiée à la diffusion et à l'analyse de la jurisprudence.

Organisme Émetteur :

La revue est éditée par la Cour de Cassation du Royaume du Maroc (Mahkamat An-Naqd). Cette institution, en tant que juridiction suprême, est chargée de veiller à l'application uniforme de la loi par les tribunaux inférieurs et de statuer sur les pourvois en cassation. L'émission de cette revue s'inscrit dans sa mission de diffusion de la jurisprudence et de contribution à la doctrine juridique.

Période Couverte :

Bien que la date de publication précise ne soit pas mentionnée dans les informations fournies, le numéro 82 de la revue indique une périodicité établie et une accumulation de jurisprudence sur une période significative. La période couverte par ce numéro spécifique est implicitement celle précédant sa publication, reflétant les arrêts et décisions rendus par la Cour de Cassation durant cette période.

Thèmes Traités :

La revue, de par sa nature, aborde un large éventail de thèmes juridiques relevant de la compétence de la Cour de Cassation. Ces thèmes peuvent inclure, sans s'y limiter, le droit civil (obligations, contrats, propriété), le droit commercial (sociétés, effets de commerce), le droit pénal (infractions, procédures), le droit social (travail, sécurité sociale), le droit administratif (contentieux administratif), et le droit foncier. L'étendue des thèmes dépend de la jurisprudence développée par la Cour de Cassation et des questions soulevées devant elle.

Axes Principaux :

Les axes principaux de la revue résident dans la présentation et l'analyse de la jurisprudence de la Cour de Cassation. Cela comprend la reproduction intégrale ou partielle des arrêts, des commentaires doctrinaux sur ces arrêts, des études comparatives avec d'autres jurisprudences, et des analyses critiques des évolutions du droit. La revue vise à éclairer les praticiens du droit, les universitaires et les étudiants sur les interprétations et les applications de la loi par la plus haute juridiction du Royaume.

Informations Juridiques Essentielles :

Les informations juridiques essentielles contenues dans la revue sont constituées par les arrêts de la Cour de Cassation. Ces arrêts établissent des précédents jurisprudentiels, interprètent les dispositions légales, et contribuent à la formation du droit marocain. Ils sont essentiels pour comprendre l'état du droit positif, anticiper les décisions judiciaires, et argumenter juridiquement devant les tribunaux. La revue fournit un accès structuré et commenté à cette jurisprudence, facilitant sa compréhension et son utilisation par les professionnels du droit.